J. c.
o
92 n
1

Versuche

über

einzelne Theile

der

Theorie des Rechts

von

Anton Friedrich Justus Thibaut
ausserordentlicher Professor des Rechts
in Kiel.

Erster Band.

Jena,
bey Johann Michael Mauke.
1798.

G. Büttner
K. Notar
Lichtenfels.

KÖNIGL. BAYER. BIBLIOTHEK BAMBERG

Vorerinnerung.

Die nachstehenden Abhandlungen werden jetzt zum erstenmal von mir herausgegeben, mit Ausnahme der sechsten, welche schon vor etwa zwey Jahren gedruckt ist, aber damals, als Programm, nur in die Hände weniger Leser kam. Sie erscheint jetzt

mit verschiedenen Abänderungen und Zusätzen.

Da ich mir, wie der Augenschein ergiebt, nicht zum Zweck vorgesetzt habe, bekannte Wahrheiten zu sammeln, zu ordnen und zusammenzustellen: so wird man meine Schrift, wie ich hoffe, nicht nach dem Ideal beurtheilen, wonach ein großer Theil der neueren juristischen Werke gerichtet werden muß. Meiner Absicht gemäß suchte ich mich allein auf die Entwicklung eigner Ideen zu beschränken. Aus eben diesem Grunde mußte ich mich denn auch

der herkömmlichen weitläuftigen Dissertations-Einleitungen, sogenannten Eleganzen, florum sparsionum und dergleichen möglichst enthalten. Die Zahl derer, denen man durch diese Behandlungsart Verdruß macht, ist so groß, daß die übrigen, welche Vergnügen daran finden, kaum in Betracht kommen können. Auf allen Fall verliert die Wissenschaft bey dieser Oeconomie nicht das Geringste.

Sollte übrigens das Publikum diese Versuche so aufnehmen, wie ich es wünsche: so werde ich aus den Materialien,

welche mir noch vorräthig sind, vielleicht bald einen zweyten Band ausarbeiten.

Kiel im März 1798.

A. T.

N. S. Eben da ich diese Vorrede zum Druck abschicken will, erhalte ich die ersten Aushängebogen, und sehe, daß der Setzer, ganz wider meine Vorschrift, die Noten willkührlich zwischen den Text eingeschaltet hat. Vielleicht steure ich dem Uebel noch zum Theil. Dieß zur Entschuldigung der etwanigen Unregelmäßigkeiten des Drucks.

Inhaltsanzeige.

1. Ueber Real-Servituten, welche bloß zum Vergnügen abzwecken und einige damit verwandte Lehren gegen Noodt. Seite 1
2. Ueber den Grundsatz des Römischen Rechts: servitus in faciendo consistere nequit. 31
3. Versuch einer neuen Theorie über die eigentliche Beschaffenheit der Dienstbarkeit des Usus nach Römischem Recht. 35
4. Etwas über die captatorischen Vermächtnisse. 63
5. Ueber unnöthige Unterscheidungen und Eintheilungen. 79
6. Erklärung der L. 22. §. ult. und der L. 23. D. de pignorat. Act. 86
7. Beweis, daß die responsa prudentum weder zu dem geschriebenen noch dem ungeschriebenen Recht gehören. 125
8. Beytrag zur Erläuterung der L. 6. §. 5. P. mandati vel contra. 131
9. Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze. 140
10. Ueber die zurückwirkende Fiction bey der legitimatio per subsequens matrimonium. 207
11. Ueber den eigentlichen Unterschied zwischen titulus und modus acquirendi. 216

12. Ver-

12. Versuch eines neuen Beweises, daß Geschwister von einander die Alimente erzwingen können, nebst einem Anhange über die Eintheilung der Verbindlichkeiten in mittelbare und unmittelbare. 223
13. Gehen die Erben des während der Deliberationszeit verstorbenen Erblassers dem Substituten vor, oder nicht? Gegen Crell. 246
14. Ueber und wider die gewöhnlichen Begriffe in Ansehung der verschiedenen Ausgaben der Pandecten und Novellen. 265
15. Einige Erinnerungen gegen Höpfners Commentar über die Institutionen, die Regeln der Interpretation betreffend. 323
16. Ist die Critik dem Practiker brauchbar? 342

Erste Abhandlung.

Ueber Real-Servituten, welche zum Vergnügen abzwecken, und einige damit verwandte Lehren; gegen Noodt.

Nicht leicht hat eine Hypothese allgemeineren Eingang unter den neueren Rechtsgelehrten erhalten, als die, welche Noodt über den eben genannten Gegenstand aufstellte. Seiner Meynung zufolge 1) muß das alte von dem neuen Recht unterschieden werden. Nach jenem war die servitus amoenitatis caussa constituta unzulässig; nach diesem — der prätorischen Billigkeit — setzte man sich über die Strenge der älteren Grundsätze hinweg, und schützte jeden, dessen Sache eine solche Dienstbarkeit eingeräumt war.

1) *G. Noodt* probabil. L. I. c. 2. 3.

Der Versuch, widerstreitende Stellen der Pandecten durch Unterscheidung der ehemaligen Strenge des Rechts von der neueren Billigkeit mit einander zu vereinigen, ist unter allen der bequemste, und eben deswegen schon so oft gemacht worden, daß man sich beynah wundern möchte, warum nicht schon lange vor Noodt ein andrer diesen bekannten Ausweg einschlug. Indeß, wenige besaßen, was Noodt in so reichem Maße zugetheilt war, — eine gewisse, sich über alles hinwegsetzende Kühnheit im Emendiren und Subintelligiren. Vielleicht haben wir dieser Anlage allein die erwähnte Hypothese zu verdanken, die freylich, nachdem sie einmal erfunden war, ohne Schwierigkeit auch unter den minder kühnen Köpfen Eingang erhalten konnte, da das Ansehn eines großen Vorgängers, und die zahllose Menge juristischer Controversen Gründe genug enthielten, von der strengen Prüfung einer billigen, und in sich vernünftigen Erklärung abzustehen. Inzwischen ist eine solche Erklärung nicht immer die wahre, ein Vorwurf, welcher mir vorzüglich die Noodtische Hypothese zu treffen scheint, so sehr sie auch von unsern heutigen Rechtsgelehrten vertheidigt und gepriesen wird.

Um

Um zu beweisen, daß das strenge Recht keine der bloßen Annehmlichkeit wegen errichtete Servit als solche anerkannte, beruft man sich allgemein mit Noodt auf folgende Stelle aus

Paulus lib. 15. ad Plautium 2).

2) L. 8. pr. de servitut.

„Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut „coenare in alieno possimus, servitus impo„ni non potest."

Freylich findet sich in diesem Fragment auch nicht die geringste Spur einer Andeutung auf das strenge Recht; allein es muß, wie man meynt, davon verstanden werden, weil andere Juristen ganz deutlich den milderen Gerichtsgebrauch bezeugten.

Ulpianus L. 70. ad Edictum 3)

3) L. 1. §. 11. de aqua quotidian. et aestiv.

„Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his „interdictis contineatur, quae ad agrum irri„gandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, „quae ad usum quoque et commodum no„strum? Et hoc iure utimur, ut haec quo„que contineatur."

 Pom-

Pomponius Lib 34. ad Sabinum 4).

4) L. 3. pr. eod.

„Hoc iure utimur, ut etiam non ad irri-
„gandum, sed pecoris caussa, vel amoenita-
„tis aqua duci possit."

Die Worte: hoc iure utimur, deren sich die römischen Juristen gewöhnlich bedienen, um den herrschenden, oft die Strenge des Civil-Rechts beschränkenden Gerichtsgebrauch anzudeuten, sind beynah die alleinige Stütze der Noodtischen Erklärung; da es indeß ausdrücklich heißt: hoc iure utimur, ut amoenitatis caussa aqua duci possit: so scheint die versuchte Vereinigung des ersten Fragments mit dem letzten keinem erheblichen Zweifel unterworfen zu seyn.

Bleibt man bey einzelnen herausgerissenen Worten stehen, so lassen sich freylich die Resultate nach Willkühr vorbereiten; allein man lese nur die zuletzt angezogenen Fragmente in ihrem ganzen Zusammenhange, um sich zu überzeugen, daß nichts von dem, was man zu sehen glaubt, in ihnen enthalten ist. Ulpian spricht keineswegs davon, daß servitutes amoenitatis caussa constitutae durch den milderen Gerichtsgebrauch ge-

geschützt würden; sondern die Streitfrage war: Kann das Interdict auch wegen solcher Servituten zugelassen werden, welche nicht bloß zum Vortheil der Sache, sondern auch zum Nutzen oder zur Bequemlichkeit einer Person gereichen? Ulpian bejahet das letzte vermöge des Gerichtsgebrauchs. Der Gerichtsgebrauch schützt also Servituten, quae ad usum nostrum pertinent. Nun aber ist es anerkannt, daß der Ausdruck usus, wie Noodt selbst an einem andern Orte mit vieler Gelehrsamkeit zu zeigen gesucht hat 5), sich zunächst auf dringende Bedürfnisse, nicht auf entbehrliche Annehmlichkeiten bezieht; mithin möchte hier wohl der bekannte Spruch: qui plus probat etc. mit vollem Recht gegen Noodt und seine Nachfolger angewandt werden können.

5) De usufructu Lib. I. cap. 2.

Pomponius sagt gleichfalls nicht, was er sagen soll, sondern vielmehr in gewissem Betracht das Gegentheil, nämlich, daß man sich des Interdicts nicht bloß bedienen könne, wenn die Servitut zum Vortheil des Guts ausgeübt werde, sondern, vermöge des Gerichtsgebrauchs, auch alsdann, wenn sie zum Nutzen eines Thiers oder

zur Annehmlichkeit gereiche. Es ist mithin ein gleicher Fall, wie der vorige. Will man beyde Fragmente mit Noodt erklären: so folgt unmittelbar, daß auch die Servituten, welche im strengsten Verstande nützlich sind, wenigstens viele von ihnen, erst den billigen Grundsätzen neuerer Zeiten ihr Daseyn verdanken.

Was Ulpian und Pomponius eigentlich gewollt haben, und warum sie einen theoretischen Zweifel aus dem Gerichtsgebrauch entschieden, scheint mir ziemlich klar am Tage zu liegen. Eine Real-Servitut ist, wenn man streng bey dem Worte stehen bleibt: ubi praedium servit praedio. Streng genommen müßte also auch immer eine Real-Servitut, um als solche zu gelten, zum Nutzen des herrschenden Guts ausgeübt werden. Allein der Gerichtsgebrauch klebt nicht an dem Worte, sondern versteht unter Real-Servituten überhaupt solche, die jedem Besitzer der Sache zustehen (quae praediis inhaerent), etwa eben so, wie in den Gerichten, gegen den strengen Wortverstand, auch der für einen Dieb gehalten wird, welcher freylich nicht allein, aber mit sechs andern einen Balken von dannen getragen hat 6).

Da

Da nun also Real-Servituten auch dann für solche gelten, wenn sie nicht zum Nutzen des herrschenden Guts (ad irrigandum), sondern zum Vortheil des Eigenthümers oder dessen sonstigen Sachen abzwecken, und das interdict. de aqua quotid. et aestiva überhaupt dem Inhaber einer Real-Servitut zusteht: so muß, wie Ulpian hinzusetzt 7), auch denen, welche eine bloße Personal-Servitut haben, das Interdict analogisch zugestanden werden. Aus diesem Gesichtspunkt betrachtet scheint mir in beyden Fragmenten auch nicht die geringste Dunkelheit nachzubleiben.

6) L. 51. §. 2. ad L. Aquil.

7) L. 1. §. 12. de aqua quotid. et aestiv.

Daß eine Real-Servitut der bloßen Annehmlichkeit wegen errichtet werden könne, sagt Pomponius ausdrücklich. Schwerlich möchte dieser Satz auch im Ernst bezweifelt werden können, da bekanntlich die römischen Juristen über die Rechtmäßigkeit der servitus ne prospectui officiatur vollkommen einverstanden sind 8). In so fern können also auch die Resultate, welche Noodt aufstellt, in keinem Betracht angefochten werden, aber wohl die Gründe, worauf diese Resultate beruhen.

 Daß

Daß aber die beyden von mir erklärten Fragmente die Noodtische Unterscheidung nicht unterstützen, ist erwiesen; mithin bleibt noch immer die Frage zu beantworten: wie soll Paulus in L. 8. de servitutt. verstanden und erklärt werden?

8) L. 3. L. 15. L. 16. de S. P. U. Ein anderes Beyspiel einer ähnlichen Servitut kommt in L. 8. §. 1. si serv. vindicetur vor, nämlich: ut porticum ambulatorium facere liceat.

Um seine Behauptung recht gründlich durchzuführen geht Noodt, nach den bisher erwähnten Erörterungen, zur Beleuchtung eines andern in diese Materie eingreifenden Rechtssatzes über, der bekannten Regel: servitus ultra praedii necessitatem extendi nequit. Nur das strenge Recht, behauptet er, habe diese Regel aufgestellt, von welcher aber der billige Gerichtsgebrauch in der Folge abgewichen sey. Da nun necessitas nur die eigentlichen nothwendigen Bedürfnisse begreife, und das Angenehme nicht für necesse gehalten werden könne: so sey der besondere Satz noch vorzüglich durch den allgemeinen erwiesen.

Ich habe zweyerley gegen diese Behauptungen zu erinnern:

1. Der Ausdruck necessitas, wenn sich auch die Gesetze desselben bey dieser Gelegenheit bedienten, heißt doch in dieser Materie keineswegs soviel als: nothwendiges Bedürfniß, so wenig, als das Wort usus sich überall auf die eigentliche Nothdurft bezieht 9), wiewohl es auch diese stets mit befaßt. Ulpian stellt in L. 5. in f. de S.P.R. den Satz auf: non ultra posse constitui, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Dieser Satz wird von Paulus in der darauf folgenden L. 6. durch Beyspiele erläutert, welche deutlich zeigen, daß jene Regel, wie Paulus selbst andeutet, nichts weiter sagen will, als: servitutes, quae praedio inhaerent, praediorum meliorem caussam facere debent 10), oder mit andern Worten: eine Servitut kann nur dann als Real-Servitut constituirt werden, wenn sie im Ganzen jedem Besitzer von Werth (nützlich oder angenehm) ist, wenn die Person nicht besondere Eigenschaften haben z. B. Töpfer oder Schmidt seyn muß, um von der Dienstbarkeit Gebrauch machen zu können. Soll also

die Regel vom strengen Recht verstanden werden, so ist wiederum zuviel bewiesen, und dadurch grade das, was Noodt nicht wollte, nämlich daß auch das strenge Recht die Real-Servituten nicht allein auf das Nothwendige und Nützliche beschränkt. Das opus est heißt hier eben so viel, als wenn Pomponius 11) zum Wesen einer Real-Servitut erfordert, daß sie für jeden Besitzer der Sache ein Interesse haben müsse.

9) S. unten die dritte Abhandlung.

10) Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur; sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur; aut dolia fiant, vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent, figulinae exercerentur: usufructus erit. §. 1. Item longe recedit ab usufructu ius calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi eius gratia, quod in fundo est; item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. *Quid ergo, si praediorum meliorem caussam haec faciant?* Non est dubitandum, quin servitus sit.

11) L. 15. de servitutt. Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, *quia* nihil vicinorum *interest*, non valet.

2. Versteht man den Ausdruck necessitas in dem eben entwickelten Sinn: so behaupte ich ferner, daß auch nach dem neuesten Recht keine Servitut als Real-Servitut ultra praedii necessitatem geduldet werde. Noodt ist der gegentheiligen Meynung, und räumt dem Besitzer des herrschenden Guts das Recht ein, die Ausübung der Real-Servitut weiter, als jedem Besitzer daran gelegen seyn kann, auszuüben, und zwar a, wenn dem Herrn des dienstbaren Guts kein Nachtheil daraus erwächst, und b, wenn es durch ausdrückliche Verabredungen ist bedungen worden. Beyde Sätze glaube ich aus guten Gründen bestreiten zu können.

Was den ersten betrifft, so kommt dabey alles auf die Auslegung folgender beyden Fragmente an.

Pomponius Lib. 33. ad Sabinum 12).

12) L. 24. de S. P. R.

„Ex meo aquaeductu Labeo scribit cuilibet „posse me vicono commodare; Proculus contra,

„tra, ut ne in meam partem fundi, quam ad „quam servitus acquisita sit, uti ea possit. „Proculi sententia verior est.“

Ulpianus Lib. 70 ad Edict. 13).

13) L. 1. §. 16 de aqua quotid. et aestiv.

„Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, „in quem loci aqua ducitur, eiusdem nume„ro esse. Ergo et si forte actor confinem „agrum emerit, et ex agro, in quem hoc an„no aquam duxerit, postea fundi emti nomi„ne velit aquam ducere: ita demum eum „recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, „uti putant, ut, semel in suum ingressus, „inde egredi, qua velit, possit, nisi ei no„citum sit, ex quo aquam ducit.“

Offenbar werden in beyden Stellen die Grundsätze des billig denkenden Labeo vorgetragen, welcher, wie viele unsrer neueren Juristen, die Grenzen des äußern Rechts aus mißverstandener Milde überschreiten, und auch hier den Grundsatz: quod tibi non nocet etc. zur Anwendung bringen wollte. Die Vergleichung, deren sich Labeo zur Unterstützung seiner Entscheidung bedient, ist subtil; aber nichts weniger als rich-

richtig. Denn wenn ich über mein Grundstück auf ein anderes gehe, für welches ich die servitus itineris nicht erworben habe: so übe ich doch unmittelbar die Servitut aus; was weiter geschieht kann Niemand verhindern. Gebrauche ich hingegen das Wasser nicht auf der angewiesenen Stelle, so ist die Grenze der Servitut überschritten, weil ich nicht das Recht erhalten hatte, über den angewiesenen Platz, sondern auf denselben das Wasser zu tragen, und dort zu verbrauchen. Pomponius giebt daher auch sein Mißfallen zu erkennen; Ulpian hingegen ist bloßer Referent.

Allein welche Meynung gilt denn nun? Hätten wir bloß die L. 24. so würden Pomponius und Proculus entscheiden; da aber Ulpian die Entscheidung des Labeo durch Stillschweigen gewissermaßen zu der seinigen macht: so scheint eine künstliche Vereinigung nothwendig zu seyn.

Noodt zieht sich, weil er einmal durchaus der Billigkeit das Wort reden will, durch einen Schwerdtstreich aus der Sache. Die Schlußworte: Proculi sententia verior videtur

heißen

heißen ihm nicht so viel, als: Proculus hat Recht, und Labeo Unrecht, sondern: streng genommen hat Labeo freylich Unrecht. Ulpian trage daher auch dessen Meynung als die billige vor, mithin helfe auch hier wieder die beliebte Unterscheidung vortrefflich aus.

Es ist wohl nichts der Rechtswissenschaft verderblicher, als daß man, weil Justinian es anräth, die scheinbaren Widersprüche subtili animo auszugleichen, alles mit einander vereinigen, durch Emendiren, Subintelligiren, und der Himmel weiß welche Nothstützen, überall Eintracht und Harmonie nicht entdecken, sondern schaffen will, ohne zu bedenken, daß grade Justinians Sammlungen diesen Zwang am wenigsten ertragen können. — Denn wem ist es unbekannt, daß nicht alles, was in den Institutionen, den Pandecten und dem Codex steht, geltendes Recht seyn soll; daß eine große Menge von Materialien bloß der Geschichte wegen aufgenommen ist? Dieß ist nicht bloß bey den Paragraphen und Fragmenten eines einzelnen Titels für sich genommen der Fall, sondern auch Titel mit Titel, Buch mit Buch verglichen. Man lese

nur

nur z. B. den Titel in den Pandecten de novatt. et delegatt. Ueberall die alten Grundsätze vom animo novandi, fast keine Spur von den neueren Bestimmungen Justinians, deren in J. ult. J. quib. mod. toll. obl. ausdrücklich Erwähnung geschieht. So heißt es ferner in den Institutionen 14): nobis videtur, melius esse, tabulam picturae cedere. In den Pandecten hingegen, und zwar nicht in demselben Titel, entscheidet Paulus grade umgekehrt: sed et id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturae. Sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest 15). Beyspiele dieser Art ließen sich noch in großer Menge anführen, wenn es nöthig wäre. Eben dieser Umstand nun scheint mir für die Sammlungen Justinians eine der wichtigsten hermeneutischen Regeln zu begründen, nämlich die: daß man bey der Vereinigung widerstreitender Fragmente doppelt vorsichtig seyn muß, sobald es wahrscheinlich ist, daß eins derselben der Geschichte wegen aufgenommen wurde, und daß in sol-

chen

chen Fällen lieber ein offenbarer Widerspruch vorauszusetzen, und die neueste, von Justinian gebilligte Meynung anzunehmen, als eine nur irgend gezwungene Vereinigung zu versuchen ist. Befolgt man diesen Grundsatz nicht, so ist und bleibt es unmöglich, eine Menge von Widersprüchen zu heben 16). Wir werden, wie bisher, durch Zerschneiden, Wegwerfen und Fingiren eine gezwungene Harmonie erkünsteln, und es uns auf immer unmöglich machen, ein consequentes System gewisser hermeneutischer Grundsätze aufzustellen.

14) §. 33. J. de rer. divis.

15) L. 23. §. 1. de R. V.

16) Ein Beyspiel. Es ist, wie jeder weiß, bis auf den heutigen Tag unter den Rechtsgelehrten die größte Uneinigkeit darüber gewesen, ob und wann dem Erben oder dem Legatar im Zweifel die Wahl zustehe. In einigen Gesetzen wird dem Erben L. 32. §. 1. L. 71. pr. L. 84. §. 3. de legat. I. L. 40. de tritic. vin. ol. in andern dem Legatar L. 20. L. 108. 1. 2. de legat. I. L. 2. §. 1. de opt. vel elect. legat. L. 11. 12. de ademend. legat. das Recht der Wahl eingeräumt. Gewöhnlich sucht man durch mannigfaltige Unterscheidungen

gen (bey denen das Subintelligiren wieder seine Stelle vertreten muß) die Sache auszugleichen. Allein höchst wahrscheinlich rühren diese abweichenden Entscheidungen von der aufgehobenen Eintheilung der Legate in solche, quae per vindicationem, damnationem u. s. w. her. Arg. L. 19. de leg. II. Ulp. Fragm. T. 24. §. 14. Da nun nach dem neuesten Recht alle Legate angesehen werden, als wären sie per vindicationem hinterlassen: so behaupten *Averanius* interpret. L. 4. c. 13. n. 9. und *Glück* Opusc. Fasc. 1. p. 233. mit Recht, daß jetzt dem Legatar im Zweifel immer die Wahl zusteht, arg. §. 22. J. de legat. L. 108. §. 2 de legat. I. iunct. §. 2. J. l. c. L. 3. §. 1. C. comm. de legat. — Indeß bemerke ich hier, daß die angegebene Regel da wegfallen muß, wo eine eigentliche Vereinigung natürlich ist; daß man sich hüten muß, ohne Noth zu einer geschichtlichen Entscheidung seine Zuflucht zu nehmen. So heißt es z. B. in §. 4. J. de usu: sed si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius. In der L. 12. §. 2. de usu hingegen wird hinzugesetzt: hoc amplius etiam modico lacte usurum puto, neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. Hier ist eine Vereinigung möglich, und wenn einige dem Usuar das Bischen Milch überhaupt nicht zugestehen wollen: so geschieht es ohne Grund. Justinian giebt die Regel an, der Jurist in den Pandecten erörtert weiter, wie und

wann man eine Ausnahme zulassen kann. Noch ein anderes bekanntes Beyspiel. In §. 1. J. de societate heißt es: quod si expressae fuerint partes, hae servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia. In L. 29. pr. D. eod. sagt Ulpian dasselbe: placet valere: doch setzt er als Einschränkung hinzu: si modo aliquis plus contulerit societati vel pecuniae, vel operae, vel cuiuscunque alterius rei. Augenscheinlich stellt Justinian die Regel auf, an welche der Richter in dem iudicio divisorio unmittelbar gebunden ist. Ulpian zeigt die Einschränkungen derselben. Das alles konnte den tironibus Justinianiis nicht wohl detaillirt in den Institutionen auseinander gesetzt werden. Ich kann daher auch *Vinnius* in den quaest. sel. L. 1. c. 53. und *Voet* ad Tit. pro soc. n. 8. auf keine Weise beystimmen, wenn sie behaupten, die L. 29. pr. in f. sey durch §. 1. J. citat. aufgehoben, und stehe bloß der Geschichte wegen in den Pandecten. Der folgende §. 2. J. de societ. würde dieß schon allein widerlegen können.

Ich glaube die eben erwähnte Regel mit vollem Recht auf den vorliegenden Fall anwenden zu können. In beyden Fragmenten wird die Meynung des älteren Juristen historisch angeführt. Ulpian mißbilligt sie nicht, tritt ihr aber

aber auch keineswegs bey. Pomponius widerlegt sie ausdrücklich. Hier haben wir also eine klare Entscheidung, welche Justinian zu der seinigen machte. Daß Ulpian noch einmal erzählt, was Labeo dachte, mag Tribonian verantworten, dem ja überhaupt nicht viel daran lag, ob ein Wort zu wenig oder zu viel gesagt, derselbe Satz von zehn Juristen hintereinander wiederholt und abermals wiederholt wurde. — Ließe sich eine andre natürliche Vereinigung ausfinden, — wer würde sich nicht gern dazu bekennen? Aber man berufe sich nur nicht auf Noodts gesuchte Fictionen. Denn daß Pomponius durch sein: quae sententia verior est nur so in gewissem Betracht zu Proculus übergetreten seyn soll, halte ich für eine von den großen Willkührlichkeiten, durch welche Noodt so oft seine Meynungen geltend zu machen suchte 17).

17) Arg. L. 5. pr. de A. R. D. „Plerique non aliter putant, eam (sc. feram) nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus. *Quae sententia verior est.*" — Die Beyspiele, deren sich *Noodt* de forma emend. dol. mal. cap 2. in f. bedient, um seine Behauptung zu unterstützen, beweisen nichts für, aber wohl wider ihn z. B. L. 1. §. 2. de dolo

dolo malo. Um übrigens den von mir vorgeschlagenen Ausweg gegen alle Einwendungen zu sichern, mag hier in der Note noch ein Beyspiel stehen. In L. 5. §. 3. de R. V. sagt Ulpian: de arbore, quae in alienum agrum translata coaluit, et radices inmisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant. Nam si nondum coaluit, mea esse non desinet. Hier ist keine Billigung und keine Mißbilligung; denn der letzte Zusatz will nichts weiter sagen, als: vor der Coalition versteht es sich von selbst, daß über die Zuständigkeit der Klage gar kein Zweifel seyn kann. In L. 9. §. 2. de damno infect. sagt eben dieser Ulpian: nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum coaluit. Beyde Stellen sind aus demselben Werke ad Edictum genommen. Da nun bekannt ist, daß die römischen Juristen viele Meynungen andrer, ohne diese grade zu billigen, in ihren Werken historisch aufführten *): so ist wohl nichts klarer, als daß man mit Donell**) der Stelle, in welcher Ulpian seine eigne Meynung vorträgt, den Vorzug geben muß. Noodt hat sich selbst zu sehr für die Mißlichkeit des argumenti a contrario erklärt *,*), als daß ihm eine solche natürliche und vernünftige Ausgleichung verwerflich seyn sollte.

*) Viel Gutes hierüber, und über den Einfluß dieses Umstandes auf die Auslegung des römischen Rechts findet man bey *F. Rapolla* de iureconsulto, sive de ratione discendi interpretandique iuris civilis libri II. Neap. 1726.

1726. Lib. 2. p. 110. sqq. Eine Schrift, welche wohl verdiente, bekannter und mehr gelesen zu seyn. Wahrscheinlich wird die Uebersetzung des Herrn Griesinger (Stuttgard 1792. 8.), wo die angezogene Stelle §. 47. fgg. steht, vieles hiezu beytragen. Der Verfasser, welcher seine Uebersetzung nach der zweyten Ausgabe machte, sagt, er kenne die erste nicht, habe auch von derselben nirgend Nachricht gefunden. — Auf der hiesigen Universitäts-Bibliothek befindet sich diese erste Ausgabe. Der ganze Titel ist: De JCto, sive etc. Libri II. Auctore F. Rapolla, in academia Neapolitana antecessore, ad eminentissimum Dominum Michaelem Fridericum de Althann. S. R. E. Cardinalem, Regni Neapolitani Poregem ect. Neap. 1726. Excudebat Felix Musca. Superiorum permissu. 241. S. 8. — So weit ich die erste Ausgabe mit der Uebersetzung der zweyten verglichen habe, ist die letzte unverändert.

**) Commentar. de iur. Civ. Lib. I. C. 16.

***) In Iulio Paulo. cap. VII.

Auch die zweyte der angeführten Behauptungen halte ich für unrichtig, weil es mir in größter Deutlichkeit aus den Gesetzen hervorzugehen scheint, daß selbst das neuere Recht keine Real-Servitut als solche anerkennt, so bald sie sich ultra praedii necessitatem — in meinem Sinn genommen — erstreckt. Ulpian sagt ausdrücklich: ut calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus

est 18). Geschieht es dennoch, setzt Paulus in dem folgenden Fragment 19) hinzu, so wird die Servitut als eine bloße Personal-Servitut angesehen. Was Africanus an einem andern Orte 20) sagt, ist diesen Grundsätzen auf keine Weise zuwider: per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute. Nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsequuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere. Pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet; quamvis nullum praedium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest. Africanus ist hier freylich der Meynung, daß ein solcher Vertrag geschützt werden müsse, aber wie? ob für die Paciscenten und deren Erben, oder auch jeden successor singularis? darüber ist nichts entschieden. Da nun gleichzeitige Bestimmungen, wenn sie sich nicht widerstreiten, sorgfältig in einander gepaßt, wechselseitig durch sich erklärt und ergänzt werden müssen: so muß Paulus hier den Satz des Africanus weiter ausführen, nicht aber die unbestimmte Entscheidung des letzten die klaren Worte des ersten aufheben.

18) L. 5. §. 1. in f. de S. P. R.
19) S. oben Not. 10).
20. L. 33. §. 1. de S. P. R.

Es ist auch, politisch und rechtlich betrachtet, nichts unvernünftiges oder unbilliges in diesen Grundsätzen, nichts, was uns geneigt machen könnte, die Noodtische Behauptung in die Gesetze hinein, oder aus ihnen heraus zu interpretiren. Der Gesetzgeber, durch das Studium der Erfahrung belehrt, soll der Unbedachtsamkeit des Bürgers Schranken setzen, verhindern, daß unsre Nachkommen nicht auf ewige Zeiten durch unsre Einseitigkeit beschränkt und betrogen werden. — Aus diesem Gesichtspunkt werden z. B. die Vererbungen der Fideicommisse auf gewisse Grade eingeschränkt, und aus gleichen Gründen sind bey der Errichtung einer Real-Servitut die angegebenen Schranken nothwendig. Gesetzt A ist Fabricant, und bedingt sich nicht allein für sich, sondern für alle folgenden Besitzer seines Guts das Recht, gewisse Materialien, Erde, Marmor, Holz u. s. w. von seines Nachbars Ländereyen nehmen zu dürfen. Jetzt stirbt er, und ein Edelmann, der weder Künstler noch Kaufmann ist, und seyn kann, erhält das Gut. Für diesen ist die Dienstbarkeit nutzlos. Er

trägt daher bey seinem Nachbar darauf an, die Dienstbarkeit unter billigen Bedingungen aufzuheben. Ist der letzte schlau, so wird er sich auf nichts einlassen, weil man nicht durch Geld zu verhindern braucht, was ohnehin unterbleiben würde. Es geschehen hier also unter dem Schutz des Vertrages eines kurzsichtigen Menschen offenbare Unbilligkeiten und Betrügereyen, die der Gesetzgeber verhindern muß, und verhindern wird, sobald ihm die Heiligkeit der Verträge nicht in einem falschen Lichte vorschwebt; sobald er Unrecht und Unbilligkeit auf alle Weise verhüten, nicht aber blindlings einer seelenlosen Consequenz und Strenge nachhängen will.

Jetzt noch ein Paar Worte über Noodts wirklich sehr künstlich gestellte Erklärung.

Um dem Leser zu imponiren, und Stoff zum Subintelligiren zu verschaffen, muß Africanus die Scene eröffnen. Hier stehe ja offenbar: pacto interveniente et hoc concedi solet, wiewohl dieß nur vom billigen Gerichtsgebrauch zu verstehen sey. Alsdann folgen die oben angezogene L. 1. §. 11. und L. 3. de aqua quot. et aestiv. In beyden werde eben dasselbe noch deutlicher vorgetragen. Wenn nun auch Ulpian behaup-

haupte: non ultra constitui potest, quam ad eum ipsum fundum opus est: so wisse nunmehr jeder, daß man NB: stricto iure hinzusetzen müsse. Die L. 6. von Paulus sey endlich eben so auszulegen.

Ich brauche, nach dem bisher gesagten, wohl nichts weiter gegen diese Auslegung vorzubringen. Nur das muß ich anmerken, daß die L. 1. §. 11. und Lib. 3. cit., welche grade am leichtesten täuschen können, durchaus gar nichts zur Entscheidung der vorliegenden Frage beytragen, und zu einer ganz andern Materie gehören. In beyden wird die Frage erörtert: kann eine Real-Servitut als solche rechtlich bestehen, wenn sie nicht zum Nutzen des herrschenden Guts gereicht, sie sey übrigens jedem Besitzer unentbehrlich oder nicht? Das quantum ad eum ipsum fundum opus est hat, wenn man die L. 5. §. 1. und L. 6. de S. P. R. nachsieht, einen ganz verschiedenen Sinn, nämlich, es soll dadurch gefragt werden: können wir überhaupt Real-Servituten zulassen, welche ein zufälliges Interesse haben? Dieß wird verneint. Bey der letzten Frage setzen es die Juristen als bekannt, durch die L. 1. §. 11. und L. 3. cit. entschieden voraus, daß eine Real-

Servitut nicht grade zum Behuf der Sache ausgeübt zu werden braucht, und, nun untersuchen sie weiter: in wie fern muß sie der Sache oder der Person zum Vortheil gereichen? Noodt schließt also nach seiner Logik so: eine Servitut kann als Real-Servitut bestehen, wenn sie nur den Besitzern u. s. w. vortheilhaft ist: also braucht sie nicht eben für jeden Besitzer von Werth zu seyn!

Noodt und seine Anhänger mögen sich also auch drehen und winden, wie sie wollen: so kommt es doch am Ende wieder darauf hinaus, daß alle diese Zurüstungen nichts beygetragen haben die L. 8. pr. de Servitut., worüber eigentlich der ganze Streit entstanden ist, vernünftig und natürlich zu erklären. Es bleibt mir also nur noch übrig, eine solche Erklärung zu versuchen.

Und was könnte leichter seyn! Bekanntlich ist es ein Hauptgrundsatz unsrer Hermeneutik, daß, wenn die römischen Rechtsgelehrten Fälle entscheiden, ohne dabey zugleich die Grundsätze, unter welche sie den Fall subsumirten, anzudeuten, daß alsdann die verschwiegene Regel aufgesucht, und der Fall unter diejenige Regel gebracht werden muß, unter welche derselbe nach der ganzen Analogie

logie des Rechts am wahrscheinlichsten gehört. Nun aber wird in L. 8. cit. schlechterdings keine Regel aufgestellt, oder auch nur von ferne angedeutet. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. Offenbar gehört der Fall gar nicht unter die ersonnene Regel des strengen Rechts: servitus amoenitatis caussa constitui nequit; sondern unter die andre: non ultra potest, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est. Der Fall war kurz dieser: A hat ein Landgut, worauf, wie immer, Platz genug zum Gehen und Essen, und Obst zum Abpflücken in Menge ist. Er weiß nicht, was er will, hat, wie man es oft bey Reichen findet, thörichte Gelüste, und läßt sich von seinem Nachbar die genannte Servitut einräumen. Mit Recht, sagt hier Paulus, kann eine solche Servitut nicht als servitus d. h. als Real-Servitut 21) bestehen, weil wir nicht voraussetzen, daß jeder nachfolgende Besitzer kindisch seyn wird, wie es sein Vorgänger war. — Was kann vernünftiger, billiger seyn? und warum will man durchaus zum Behuf der Erklärung eines einzelnen Fragments eine unerhörte Regel ersinnen, da man doch so

na-

natürlich den Fall bekannten Regeln unterordnen kann? Ich verliere kein Wort weiter, wo alles so klar und in die Augen fallend ist 22)

21) Arg. inscr. Tit. de servitutt.

22) Daß diese Erklärung der L. 8. nicht neu ist, brauche ich kaum zu erinnern. Es kam hier nur darauf an, dieselbe aus Gründen zu vertheidigen, und Noodt durch Gründe zu widerlegen. So sagt z. B. *Huber* ad Tit. I. de serv. n. 1. Hinc *otiosae voluptatis caussa* ut pomum decerpere, spatiari et coenare in alieno possimus, iure servitutem imponere non licet. — *Waechtler* in opusc. p. 199. urtheilt von Noodts Erklärung: quae paraphrasis paulo durior est. — Schwerlich würde sich aber Noodt durch die dicta probantia beyder haben abfertigen lassen, wie man schon daraus sieht, daß er nach Huber seine neue Erklärung versuchte.

Aus den bisherigen Erörterungen leite ich zum Beschluß folgende Resultate ab:

1. Es hat niemals, so weit wir die Geschichte kennen, im Allgemeinen eine Regel des strengen Rechts existirt, daß eine Real-Servitut nicht amoenitatis caussa constituirt werden könne. In gewissen Fällen schienen freylich solche Dienstbarkeiten dem stricten Begriff der Real-Servitut

zu

zu widerstreiten, nämlich wenn die Annehmlichkeit das Gut selbst nicht angenehmer, sondern das letzte nur den Genuß der Annehmlichkeit möglich machte (z. B. ut spatiari in alieno liceat, wenn dazu auf dem herrschenden Gut kein Platz war); im umgekehrten Fall hingegen, z. B. bey der servitus ne prospectui officiatur, war niemals Zweifel über die Rechtsbeständigkeit einer Dienstbarkeit dieser Art. Also nur in gewissen Fällen galten ehemals die servitutes amoenitatis caussa constitutae nicht, wo sie jetzt durch den Gerichtsgebrauch geduldet werden; aber das erste nicht wegen der ersonnenen Noodtischen, sondern wegen einer andern, jetzt aufgehobenen Regel, nach welcher auch nutzbare, unentbehrliche Dienstbarkeiten (z. B. das Recht Brennholz für die Küche zu fällen) unstatthaft waren (praedium *praedio* servire debet).

2. Die Dienstbarkeit, wenn sie Real-Servitut seyn soll, muß wenigstens der Regel nach 23) jedem Besitzer des herrschenden Guts nutzbar oder angenehm seyn. Auch das neueste Recht hat diesen Grundsatz beybehalten, und in so fern sind auch noch jetzt manche servitutes amoenitatis caussa constitutae unzulässig.

23) L. 19. de Servitut. „Et fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo. Veluti, si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea *nobis* utilia non sunt.“

3. Nach justinianischem Recht darf der Herr des praedii dominantis die Servitut zu keinem andern, als dem verabredeten Endzweck ausüben, selbst dann nicht, wenn es ohne Nachtheil des dienenden Guts geschehen könnte. Der Gesetzgeber möchte vielleicht mit Grund diese Strenge mildern; aber der Rechtsgelehrte, als Ausleger der Gesetze, darf nicht die Billigkeit durchsetzen, wo es ihm Pflicht ist, das äussere Recht zu achten und es dem Bürger zu überlassen, ob er moralisch seyn will, oder nicht.

Zwey-

Zweyte Abhandlung.

Ueber den Grundsatz des römischen Rechts: Servitus in faciendo consistere nequit.

Bey der großen Billigkeitsliebe der Deutschen ist dieser Grundsatz von jeher unsern Rechtsgelehrten ärgerlich und ein Stein des Anstoßes gewesen. Man versuchte zwar, vernünftige Gründe dafür aufzufinden; allein bis jetzt hat noch keine Hypothese allgemeinen Beyfall erhalten. Es sey mir daher erlaubt, einen neuen Versuch zur Auflösung dieses Knotens zu machen.

Es waren zwey Hauptgrundsätze des römischen Rechts: Niemand kann aus den Verträgen oder einseitigen Handlungen eines Dritten vollkommen berechtigt, und eben so wenig vollkommen daraus verpflichtet werden 1). Beyde Grundsätze wurden von den Prätoren und Kaisern des gemeinen Bestens wegen in einzelnen Fällen eingeschränkt, aber keineswegs aufgehoben,

wie dieß gewöhnlich bey ähnlichen Gelegenheiten zu geschehen pflegte. Nun setzen wir, A verspricht dem B, daß er und alle künftigen Besitzer seines Ackers dem B und allen Besitzern des herrschenden Guts gewisse positive Handlungen leisten wollen. Dieser Vertrag ist offenbar, sofern er sich auf den *successor singularis* bezieht, ungültig. Soll daher der letzte den Besitzern des herrschenden Guts verpflichtet werden, so muß er selbst mit ihnen contrahiren, und dann ist ja keine servitus in faciendo consistens, sondern eine eigentliche, auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit vorhanden, wogegen die römischen Rechtsgelehrten nichts zu erinnern haben. — Höpfner ist auf dem Wege gewesen, dieselbe Erklärungsart anzunehmen; aber unerwartet wendet er sich auf eine andere Seite. „Niemand, sagt er 2), kann den künftigen Besitzern seines Grundstücks, die nicht seine Erben sind (successoribus singularibus) eine Verbindlichkeit auflegen. Einen befriedigenden Grund dieser Regel habe ich nicht finden können. Vielleicht glaubten die Römer, ein Eigenthümer könne sonst sein Grundstück mit so vielen und seltsamen Lasten beschweren, daß es allen

len Werth verlieren, und Niemand es mehr würde haben wollen. Wozu dieſe Hypotheſe, wo wir auf anerkannte Rechtsgrundſätze mit Sicherheit bauen können? Ein Dritter wird überhaupt aus dem Vertrage eines Dritten nicht verpflichtet, alſo auch nicht der ſucceſſor ſingularis. Warum jenes? Darüber kann das, was Höpfner über das Beſchweren mit ſeltſamen Laſten ſagt, keinen Aufſchluß geben, weil der Grund, welcher hier allenfalls bey der Art gelten könnte, durchaus nicht auf die Gattung anwendbar iſt.

1) *J. H. Boehmer*, de iure ex pacto tertii quaeſito. (Exerc. ad. P. T. II. ex. 28.)

2) Comment. über die Inſt. §. 351.

Ganz anders verhält es ſich, wenn den Beſitzern des herrſchenden Guts erlaubt wird, gewiſſe Eigenthumsrechte an dem dienſtbaren Gute auszuüben, oder der Eigenthümer des letzten ſich der Ausübung gewiſſer Rechte begiebt. Jeder iſt befugt, von ſeinem Eigenthum ſo viel wegzugeben, als ihm beliebt. Sind Theile von dem Eigenthum abgeriſſen, ſo iſt der vorige Eigenthümer in Rückſicht derſelben dem jetzigen Inhaber nicht weiter verpflichtet, als jeder Andre: nämlich er darf dem letzten nicht in der Ausübung

seines Rechts hinderlich seyn, sein Recht nicht, durch Eingreifen in das Recht des andern, über den Umfang desselben ausdehnen, z. B. nicht höher bauen, wenn dieses Recht nicht mehr in seinem Eigenthum enthalten ist. Wird daher das dienstbare Gut verkauft, oder derelinquirt und occupirt: so kann der successor singularis weder durch Kauf, noch durch Occupation mehr erhalten, als vorhanden ist.

Mir scheint, diese Auflösung fließt ganz natürlich aus den römischen Rechtsgrundsätzen, so natürlich, daß wir zu denselben Resultaten gekommen seyn müßten, wenn wir es liebten, so consequent und bündig, wie die Römer, zu schließen. Da übrigens unsre herkömmlichen Grundsätze über die Verbindlichkeit der Verträge sehr von der römischen Strenge abweichen: so versteht es sich von selbst, daß uns ein folgerechtes Raisonnement zu wesentlich verschiedenen Resultaten führen muß.

Dritte Abhandlung.

Versuch einer neuen Theorie über die eigentliche Beschaffenheit der Dienstbarkeit des Usus nach römischem Recht.

Der usus fructus wird allgemein von dem usus durch zwey Hauptmerkmale unterschieden: a) in jenem ist das Recht auf die volle Benutzung der Sache, in diesem nur ein auf das nothwendige Bedürfniß des Usuars eingeschränktes Recht der Benutzung enthalten; b) der Nutznießer kann die Ausübung seines Rechts einem Andern überlassen, der Usuar nicht, es sey denn, daß ihm ohne dieß sein Recht durchaus nutzlos seyn würde. Noodt 1) hat sich vorzüglich bemüht, den ersten Unterschied durch eine Menge gelehrter Belege aus den alten Classikern zu erhärten.

1) De usufructu. cap. II.

Daß der gemeine Sprachgebrauch diese Unterscheidung wirklich machte, ist unbezweifelt gewiß. Wer kennt nicht Horazens

Utar et ex modico, quantum res poscit, acervo
Tollam —

und mehrere von den Stellen, deren sich Noodt a. a. O. zur Begründung seiner Begriffe bedient? Allein der gemeine Sprachgebrauch ist nicht immer der Sprachgebrauch des Rechtsgelehrten und Gesetzgebers. Jener verwandelt sich oft schnell mit den Zeiten, indem dieser Jahrhunderte und Jahrtausende in seiner ursprünglichen Beschaffenheit stehen bleibt. Der Gesetzgeber sucht den Bedeutungen enge, scharfe Grenzen zu setzen; der gemeine Sprachgebrauch schweift überall von der eigentlichen ursprünglichen Bedeutung der Wörter ab. Das Schließen von diesem auf jenen ist daher stets mißlich und oft trüglich, weswegen denn auch, um den Begriff des usus und ususfructus auszumitteln, vor allen Dingen die Gesetze selbst zu Rath gezogen werden müssen.

Das Recht des Usuars ist auf die nothwendigen Bedürfnisse desselben eingeschränkt, doch

steht ihm die volle Benutzung der Sache zu, so weit nur irgend seine Nothdurft reicht. In diesem Satz stimmen fast alle überein †), obgleich derselbe in seiner Allgemeinheit, wie mir scheint, keineswegs den Gesetzen gemäß ist. — Die Fragmente, welche vom usus handeln, mögen, soweit sie hieher gehören, selbst diese Behauptung rechtfertigen.

†) Eine Ausnahme macht z. B. *Westphal* de libertate et servitute praediorum §. 746. „Iusto subtiliores in utendi finibus regendis Romanos fuisse, negari non potest. Unde *per singulas fere rerum species quousque pateat usus discendum est.*"

Labeo hatte gesagt, der usuarius könne einen inquilinus mit aufnehmen, wenn ihm der usus domus vermacht sey 2). Jetzt fährt Ulpian so fort:

2) L. 3. §. 1. de usu et habitat.

„Proculus autem de inquilino notat, non „belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. „Secundum haec, et si pensionem percipiat, „dum ipse quoque inhabitat, non erit ei in-„videndum: *quid enim, si tam spatiosae*

„*domus usus sit relictus homini mediocri, ut*
„*portiuncula contentus sit?* 3).

3) L. 4. pr. eod.

Wo steht hier etwas von nothwendigen Bedürfnissen? Grade das Gegentheil, eben so wie das Gegentheil behauptet

Pomponius L. 5. ad Quint. Muc.
„Licet tam angustus est legatarius, cui domus „usus legatus est, *ut non possit occupare totius* „*domus usum*, tamen eis, quae vacabunt, pro„prietarius non utetur, quia licebit usuario „aliis et aliis temporibus tota domo uti; „quum interdum domini quoque aedium, „prout temporis conditio exigit, quibusdam „utantur, quibusdam non utantur 4).

4) L. 22. §. 1. eod.

Eben so allgemein und unbedingt entscheidet Labeo, nach dem Zeugniß des Ulpian 5):

5) L. 10. §. 3. eod.

„Si usus fundi sit relictus, minus utique „esse, quam fructum, longeque, nemo du„bitat. Sed quid in ea caussa sit videndum. „Et Labeo ait; *habitare eum in fundo pos*„*se, dominumque prohibiturum, illo venire;*

sed

„sed colonum non prohibiturum, nec familiam, scilicet eam, quae agri colendi caussa „illic sit. Ceterum si urbanam familiam illo „mittat, qua ratione ipse prohibetur, et familiam prohibendam, eiusdem rationis est. „Idem Labeo ait, et cella vinaria et olearia „*eum solum* usurum; dominum vero invito „eo non usurum."

Ueberall wird hier, ohne alle Einschränkung dem Usuar das Recht auf eine ausschließliche Benutzung der Sache zur Befriedigung seiner sämmtlichen Bedürfnisse (sie seyen vernünftig, oder unvernünftig, gemacht oder natürlich, nothwendig oder nicht) eingeräumt; kein Wort von einer Beschränkung auf die Nothdurft, unumgänglichem Bedarf, und dergleichen.

Was hier von Häusern gesagt ist, wird an andern Orten auch vom usu andrer Sachen gesagt:

Ulpian Lib. 17. ad Sabin:

„Sed si boum armenti usus relinquatur, „*omnem usum habebit, et ad arandum, et ad* „*cetera, ad quae boves apti sunt* 6).

6) L. 52. § 3. l. c.

Hier wird dem Usuar der ganze *usus* zugesprochen, so wie im pr. desselben Gesetzes gesagt wird: *plenum* autem *usum* habere debet, si et villae et praetorii usus relictus est. Auf gleiche Weise steht es dem usuarius frey, den vollen Nutzen von den Handlungen des Sklaven zu ziehen, sofern er die Dienste desselben nur nicht einem andern vermiethet 7). Auch haben wir noch ein Gesetz zur Bestärkung des bisher gesagten, welches, aus Gründen, die sich gleich ergeben werden, hier vor allen Dingen anzuführen ist:

Sed si pecoris ei usus relictus sit, sagt Ulpian a. a. O., puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat Labeo ait, sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum, haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum 8).

7) L. 14. pr. L. 16 §. 2. L. 20. l. c.

8) L. 12. §. 2. l. c.

Was den Sinn dieses Gesetzes betrifft, so ist fürs erste so viel offenbar, daß Labeo dem Usuar abermals unbedingt die Befugniß, das Vieh ad stercorandum zu gebrauchen, zugesteht. Da-

Dagegen versagt er aber demselben eben so unbedingt den Genuß der Früchte: denn man muß bemerken, daß er sich des Ausdrucks pecore ad *stercorandum* uti bedient, keineswegs aber dem Usuar schlechtweg erlaubt, *stercore* uti. Ulpian will demselben freylich etwas Milch vergönnen, aber doch nur, weil ein letzter Wille nicht strict zu interpretiren sey. Gesetzt also ich verkaufe Jemand den usus einer Heerde? Hier ist die Auslegung wider den Usuar zu machen, mithin kann er in diesem Fall durchaus keinen Anspruch auf das modicum lactis machen 9).

9) Das Gegentheil behauptet gegen Accursius und dessen Anhänger *Labitt.* in usu ind. pand. §. 36. (*Wieling.* iurispr. rest. p. 59. 60.) Mit welchem Grunde, wird sich aus der weiterhin folgenden Ausführung von selbst ergeben.

In der That! ein schwer zu lösendes Problem für die Vertheidiger der bis jetzt gangbaren Begriffe, und noch schwerer zu lösen, wenn man sieht, wie eben derselbe Labeo, dessen Strenge uns hier unerklärbar scheint, an einem andern Orte das Recht des Usuars auf den Genuß der Früchte weit mehr, als viele Andre, erweitert.

Ulpian setzt den Fall, daß Jemand der usus villae vermacht sey. Es frug sich: wie weit erstreckt sich hier der usus? Er antwortet:

„praeter habitationem, quam habet, cui „usus datus est, deambulandi quoque et ge„standi ius habet. Sabinus et Cassius: et li„gnis ad usum quotidianum, et horto, et „pomis, et oleribus, et floribus, et aqua „usurum; non usque ad compendium, sed „ad usum, scilicet non ad abusum. Idem „Nerva; et adiicit: stramentis etiam usurum; „sed neque foliis, neque oleo, neque fru„mento, neque frugibus usurum. Sed Sa„binus, et Cassius, *et Labeo*, et Proculus: „*hoc amplius etiam ex his, quae in fundo* „*nascuntur, quod ad victum sibi suisque* „*sufficiat sumturum, et ex his, quae Ner*„*va negavit* 10).

10) L. 12. §. 1. l. c.

Wie die erste Stelle, besonders verglichen mit der letzten, vernünftig und aus Gründen zu erklären sey, darüber sucht man vergebens in den Schriften unsrer Exegeten und Commentatoren eine befriedigende Auskunft. *Donellus* sagt: pecoribus utimur ad stercorandum agrum,

quum

quum excrementis nondum egestis inducuntur ipsa pecora in agrum, ut illic stabulentur, illuc deponant excrementa et egestiones suas ad pinguefaciendum agrum. Hoc vero qui facit, apparet eum non uti stercore, quod sumat, quum nondum esset; sed uti pecoribus, ad agrum stercore macerandum. At is utitur stercore, qui, stercore iam edito, accedit ad eo utendum. Quod qui facit, is alia re utitur, quam cuius usus relictus est. Erat enim relictus usus pecorum; stercus autem egestum pars pecorum esse desiit. Ex quo, quam bene harum rerum de usu fundi et pecorum veteribus ratio constet, intelligi puto *). — Welche Argumente man doch schön und gründlich finden kann, wenn es darauf ankommt, einen verwickelten Knoten zu lösen! Das eben angeführte Raisonnement kann zum Beweise dienen. Wenn mir der Gebrauch einer Sache vermacht ist, so soll ich nur sie gebrauchen: also auch eben das, und nicht ein Haarbreit mehr, wenn mir der Nießbrauch zusteht. Warum giebt also Labeo dem Nutznießer in eben dem Fall Früchte, wo er dieselben dem Usuar schlechtweg aberkennt? Ferner warum giebt er

dem

dem letzten ohne Einschränkung die Früchte einer leblosen Sache, nicht aber, als Usuar eines Schaafs, die Wolle, Milch und Lämmer? Donell antwortet: „die Früchte sind Theil des fundi, die Lämmer nicht. Die Wolle ist freylich Theil des Thiers, aber sie nutzt nicht, bevor sie bearbeitet ist, und dann — lana esse desinit. Auf die wenigen denkbaren Ausnahmen kann der Gesetzgeber keine Rücksicht nehmen. Mit der Milch aber verhält es sich eben so, wie mit den fructibus pendentibus eines fundi, und eben deswegen entscheidet Ulpian in diesem Punkt wider Labeo" 11).

*) Commentarii de iure civ. Lib. X. cap. 25. beynah am Ende.

11) Comment. l. c. vor der allegirten Stelle.

Nach meiner Ueberzeugung nichts als gesuchte und grundlose Subtilitäten! Labeo und Ulpian geben dem Usuar ohne alle weitere Zusätze das Nothdürftige von den Früchten eines Landguts, also auch von den fructibus separatis. Warum diese ausgeschlossen seyn sollten, wäre auch ohnehin nicht einzusehen, da der Nutznießer, dem doch gleichfalls nur der ususfructus *fundi* gegeben ist, die fructus separatos wie die pen-

pendentes durch Perception erwerben kann 12). Der Usuar kann also auch das Vieh nicht bloß ad stercorandum gebrauchen, sondern auch von dem stercore schlechthin nehmen, so weit er desselben bedarf. Ein gleiches Recht hat er auf die Wolle, selbst dann, wenn diese, wie Donell gegen das Zeugniß der Oeconomen behauptet, unbearbeitet wenig oder gar keinen Nutzen gewährte, und erst durch Umwandlung in eine neue Species brauchbar gemacht werden müßte. Denn als Usuar eines fundi ist er berechtigt, Oliven, Trauben für die Kelter, und Kräuter zu Magen-Sect zu sammeln, welche sämmtlich, bevor sie ausgepreßt, und in eine neue Species übergegangen sind, keinen ordentlichen Gebrauch zulassen. In Betreff der Milch scheint freylich Ulpian Recht zu haben; aber immer bleibt doch die Frage: warum entschied Labeo, wie er that? Wie konnte ein so großer und berühmter Jurist sich eines solchen groben und offenbaren Widerspruchs schuldig machen? und warum muß Ulpian, um seine Meynung zu begründen, sich auf den Vorzug der ausdehnenden Erklärung berufen?

12) L. 7. pr. L. 12. pr. L. 27. pr. L. 70. §. 3. L. 68. §. 1. 2. de usufr.

Die

Die mehrsten übergehen das vorliegende Fragment ganz mit Stillschweigen. Andre führen, wie die älteren Juristen nur zu oft thaten, dasselbe an, grade als verständen sich die Entscheidungen des Labeo und Ulpian von selbst. Noch andre erwähnen desselben, ohne sich auf eine Erklärung einzulassen, oder sagen mit Westphal 13): quid magis ridiculum, quam eum, cui ovium usus datus, nil accipere, nisi stercus. Der Richter, welcher als solcher nicht mitlachen darf, würde sich also wohl mit Julians non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, trösten, und das Gesetz, wenn sich der Fall ereignen sollte, blindlings zur Anwendung bringen müssen!

13) a. a. O. §. 755.

Das blinde Anwenden unverstandener Gesetze ist das peinlichste, und, für die gewöhnlichen Köpfe, das verderblichste Geschäft, dem sich der Rechtsgelehrte unterziehen kann. Der folgende Versuch einer neuen Erklärung der angezogenen Fragmente bedarf daher auch keiner Entschuldigung, zumal da ich denselben für eine bloße Hypothese erkläre, welcher ich nicht eher einige Realität beylegen werde, als bis Männer von Ein-

sicht mir öffentlich zugestehen, daß meine Meynung überwiegende Gründe für sich hat.

Die Wörter: frux, frugis und das, davon abstammende fructus bedeuten ursprünglich nichts weiter, als die Erzeugnisse einer Sache, das, was die Sache selbst hervorbringt, was ein accessorischer Theil derselben, aber nicht sie selbst ist, mit einem Wort! eben das, was wir ursprünglich durch unser Frucht bezeichneten. Frui heißt mithin ursprünglich soviel, als Früchte genießen; fructus soviel als Fruchtgenuß. Wenn ich daher Jemand den fructus eines Landguts vermache: wozu ist er berechtigt? zu nichts weiter, als zum Fruchtgenuß. Er darf Getraide bauen und erndten, Holz fällen und dergleichen; aber die Gebäude des Guts bewohnen, so weit es nicht etwa der Fruchtgenuß nothwendig macht, dazu ist er eben so wenig befugt, als zum Spatzieren, und wie die übrigen Handlungen, welche nicht mit dem Fruchtgenuß in Beziehung stehen, weiter heissen mögen. Will ich daher, daß er zur vollen Benutzung einer Sache, deren Ertrag nicht allein in Früchten besteht, berechtigt seyn, nicht bloß Früchte ziehen, sondern auch sonst die Sache gebrauchen soll: so muß ich zu dem fructus die-

dieses Gebrauchsrecht hinzuthun, und ihm so das ganze Recht d. h. den *usus fructus* einräumen. Hätte das Wort frui, wie man behauptet, ursprünglich den vollen Genuß einer Sache bezeichnet, so wäre es durchaus unbegreiflich, wie das pleonastische Wort *usus*fructus entstanden seyn könnte, warum man einen Theil besonders bezeichnet hätte, welcher doch schon deutlich genug durch das bloße fructus angedeutet war. Wenn daher genießen ursprünglich nicht eben das, was frui bedeutet *), so würde das Wort ususfructus, um auf den ursprünglichen Begriff aufmerksam zu machen, weit schicklicher durch Gebrauch und Fruchtgenuß, als unser gewöhnliches Nießbrauch übersetzt werden.

*) Dieß scheint mir nicht ganz der Fall zu seyn. Unter genießen verstehen wir das gänzliche verbrauchen einer Sache: wir genießen ein Glas Wein, wie wir den Genuß eines Obstbaums haben können. Der fructus einer verzehrbaren Principal-Sache, welche nur durch das Verzehren genutzt werden kann, widerstritt der ursprünglichen Bedeutung des Wortes frui, wie dieselbe in den Gerichten beybehalten war. Daher auch Justinian §. 2. de usufructu sagt: Ergo Senatus non fecit

cit quidem earum rerum usumfructum (non enim poterat); sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

Eigentlich, und dem ursprünglichen Wortverstande zufolge enthält also der ususfructus zwey Hauptrechte: a) den fructus, oder das Recht die Früchte der Sache zu ziehen, und b) den usus, oder das Recht, allen sonstigen Gebrauch von der Sache zu machen. Der fructus enthält das volle Recht auf alle Früchte, der usus das Recht den sonstigen vollen Gebrauch von der Sache zu machen. Beyde können vereinigt, oder getrennt seyn. Im letzten Fall giebt es einen nudum fructum und einen nudum usum, im ersten einen usumfructum.

Hienach bestimmt sich also nun der eigentliche ursprüngliche Begriff des usus, und es bleibt nur noch zu untersuchen übrig, welche Rechte diesem zufolge nach Verschiedenheit der Fälle und der Sachen dem Usuar eingeräumt werden müssen.

In Ansehung der Sachen, welche Jemand zum usus eingegeben werden können, sind nur drey Fälle möglich: entweder a) die Sache gehört zu denen, welche gar keine eigentlichen Früchte tragen, oder b) sie trägt Früchte, doch so, daß

das Recht des usus nicht auf die ganze Sache ausgeübt werden kann, wenn dem Usuar nicht der Genuß der Früchte gestattet wird, oder endlich c) er kann sie ganz gebrauchen, ohne genöthigt zu seyn, seinem Recht durch Perception der Früchte Wirksamkeit zu verschaffen.

Im ersten Fall steht dem Usuar die volle Benutzung der Sache zu, er sey derselben bedürftig oder nicht. Ist ihm daher der usus eines Hauses, eines Gespanns Pferde oder Ochsen, eines Sklaven u. s. w. gegeben, so sind der Ausübung seines Rechts durchaus gar keine Grenzen gesetzt. Auf diese Weise sind, wie mir scheint, die zuerst angezogenen Fragmente völlig befriedigend erklärt. Auch hat der Usuar, nach dem ursprünglichen Begriff des usus, sogar das Recht, die Ausübung seines Rechts einem Andern abzutreten, wenigstens widerstreitet diese Befugniß jenem ursprünglichen Begriff auf keinen Fall. Denn wenn die Unzertrennlichkeit der Ausübung des usus von der Person des Usuars zum Wesen jenes gehört hätte: wie würde dann das Compositum: ususfructus haben entstehen können? Dieß wäre ja unter jener Voraussetzung eine offenbare contradictio in adiecto gewesen. — Indeß

ist es ausgemacht, daß dem Usuar das Recht der gänzlichen Abtretung genommen wurde. Warum? dieß läßt sich nicht mit historischer Gewißheit beantworten. Vielleicht hatte man, während die Rechtsgelehrten die Begriffe von usus und ususfructus ausbildeten, den Wörtern uti und frui im gemeinen Leben gegen den ursprünglichen Sprachgebrauch allmählig uneigentliche Bedeutungen untergeschoben. Man verstand unter frui nicht mehr Früchte ziehen, sondern den vollen Genuß der Sache haben. Das Wort fructus bedeutete also schon für sich, was man ehemals nur durch das zusammengesetzte ususfructus hatte bezeichnen können. Dagegen war der Sinn des Wortes uti im gemeinen Leben eingeschränkter geworden, und man verstand auf allen Fall weniger darunter, als unter dem frui. Der Jurist sah sich genöthigt, bey der Auslegung der Verträge und Testamente den geltenden Sprachgebrauch nicht ganz zu vernachlässigen. Gesetzt also, es war hier Jemand der usus, dort einem andern der fructus eines Hauses gegeben. Der Sprachgebrauch erkannte auf allen Fall jenem weniger als diesem, diesem mehr als jenem zu. — So mußte also das Recht des Usuar

 noth-

nothwendig in die angegebene engere Grenze eingeschlossen werden.

Wir kommen auf den zweyten Fall: die Sache ist bloß fruchttragend, oder zum Theil, und kann ohne den Genuß der Früchte entweder gar nicht, oder nur zum Theil benutzt werden: z. B. es ist Jemand der usus einer Wiese oder eines Fischteichs, oder eines bewohnbaren Landguts gegeben. Steht es ihm im ersten Fall nicht frey, die Wiese mähen, und in dem Teich fischen zu lassen: so ist sein ganzes Recht ohne Nutzen, weil er dasselbe gar nicht ausüben kann; zum Theil hingegen im letzten Fall, wenn er bloß das Gut bewohnen, und nicht sein Recht auf allen Theilen desselben, besonders den fruchttragenden Ländereyen, ausüben darf. Worauf kann er also vermöge seines Rechts Ansprüche machen?

Die Auslegung der Verträge und Testamente muß, wie Paulus 11) sagt, so geschehen, ut res, qua de agitur, in tuto sit, d. h. man muß diejenige Erklärung allen andern vorziehen, durch welche wenigstens die Existenz des intendirten Geschäfts erhalten wird. Wer einen Vertrag eingeht, will, daß eine obligatio bestehe; wer legirt, daß der Legatar etwas erhalte. Dieß

ist

ist das Wenigste was man voraussetzen kann, und was man, um Widersprüchen zu entgehen, vorauszusetzen durch die Nothwendigkeit gezwungen ist. Vertrag und Testament müssen also auf allen Fall Wirksamkeit erhalten. Z. B. ich verspräche im Januar dem A auf den zwölften May eine Sache, ohne zu sagen, ob auf den nächstfolgenden, oder einen andern zwölften May. Wann muß die Sache abgeliefert werden? Natürlich im nächsten May. Freylich ist diese Auslegung zum Nachtheil des Versprechenden. Allein ließen wir jene Auslegung nicht zu, so würde der ganze Vertrag unnütz seyn, indem der zwölfte des nächsten May der einzige feste Punkt ist, den man ausfindig machen kann 12). Diesen aufgegeben, so läßt sich erst am Ende der Zeit die Verbindlichkeit wirksam machen.

11) L. 80. de V. O.

12) L. 41. pr. de V. O. die bekannte Regel: propositio indefinita pro generali habenda, arg. L. 23. pr. de S. P. U. wovon *Leibnitz* quaest. philos. amoen. Qu. 1. und *Covarruvius* Var. Resol. L. 1. c. 13. nachzusehen, läßt sich am bequemsten und einleuchtendsten aus diesem Grundsatz ableiten.

Eben so: ein Spanier vermacht einem Polen den usus seines Fischteichs. Unmöglich kann der Pole in Spanien fischen, und den Fang zu sich herüber bringen lassen. Freylich soll der Usuar die Ausübung des Rechts nicht von seiner Person trennen; allein bleibt man bey diesem Grundsatz stehen, so erhält derselbe im vorliegenden Fall gar nichts. Man ist daher, ut res in salvo sit genöthigt, mit Hadrian zu entscheiden: „Divus „Hadrianus, quum quibusdam usus silvae „legatus esset, statuit, fructum quoque eis „legatum videri: *quia, nisi liceret legata-„riis caedere silvam, et vendere, nihil habi-„turi essent ex eo legato* 13).

13) L. 22. pr. de usu.

Nehmen wir also an, dem B ist der usus eines Ackers vermacht, geschenkt oder verkauft. In allen diesen Fällen muß die oben aufgestellte Regel gleiche Anwendung finden. Er erhält daher das Recht, von den Früchten des Ackers Gebrauch zu machen: Fundi usu legato, licebit usuario et ex penu, quod in annum duntaxat sufficiat, capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur 14). Indeß darf er, wie die römischen Juristen einstimmig

be-

behaupten, nicht mehr von den Früchten nehmen, als er grade zu seiner und der Seinigen Nothdurft bedarf. Und wozu sollte man ihm auch mehr verwilligen, da sein Bedürfniß der feste Punkt ist, bey dem die Auslegung stehen bleiben kann, und stehen bleiben muß, weil im gemeinen Leben die Bedeutung des Wortes uti sich grade bis auf diesen Punkt ausgedehnt hat? Wir setzen also den Fall, ihm ist der usus einer Sache vermacht, welche theils Früchte trägt, theils sonst gebraucht werden kann, z. B. eines Landguts. Ist dieß, so ist er, wie die oben angeführten Gesetze deutlich entscheiden, berechtigt, die Wohnung ausschließlich für sich zu behalten (plenum usum habere debet); von den Früchten hingegen darf er nur bis zur Befriedigung seiner Nothdurft nehmen.

14) Paulus in L. 15. pr. l. c.

Es bleibt uns jetzt nur noch der dritte Fall übrig: die Sache kann ganz gebraucht werden, ohne daß man genöthigt ist, die Früchte derselben zu benutzen: z. B. es erhält jemand den usus eines Mutterpferdes. Hier kann er die ganze Sache gebrauchen, zum Reiten, Ziehen, so viel er will; weshalb denn auch gar kein Grund vor-

 handen

handen ist, warum man ihm das Füllen, welches etwa das Pferd zur Welt bringen möchte, zuzusprechen genöthigt wäre. Wir selbst würden nach unserm Sprachgebrauch nicht anders entscheiden können. Gesetzt ich verkaufte B den Gebrauch eines Kirschbaums und eines Mutterpferdes. Eigentlich hätte ich sagen sollen: die Benutzung des Baums, indeß, da dieß nicht geschehen ist, so mag B gegen den Sprachgebrauch Kirschen pflücken, ut res in tuto sit. Dieß wird ihm jeder schon nach seinem natürlichen Gefühl zugestehen; aber unstreitig nicht eben so das Recht, sich des Füllens anzumaßen. Ich bin überzeugt, daß kein unstudierter Richter diese Fälle auf andre Weise entscheiden würde.

Und dieß ist nun grade der Fall, von welchem Labeo in der berüchtigten L. 12. §. 2. handelt. Seine Entscheidung ist hier durchaus richtig, consequent, und in keinem Betracht dem zuwider, was er in §. 1. von dem Umfange des usus villae gesagt hatte. Hier mußten dem Usuar Früchte zuerkannt werden, damit sein usus ein usus villae, nicht etwa usus domus war; dort bedurfte es dieser Ausdehnung nicht, weil

er

er grege utebatur wenn er diese bloß ad stercorandum austrieb. Wir lachen freylich mehrentheils über solche Distinctionen, welche wir Subtilitäten nennen, bedenken aber selten, daß wer hier eine einzelne Ausnahme zuläßt, auf der andern Seite tausend andre Ausnahmen dulden muß; und daß durchgängige Consequenz das einzige Mittel ist, wodurch man der Willkühr und Ungebundenheit dunkler, mehr fühlender als denkender Köpfe einen sichern Damm entgegensetzt.

So weit wäre nun alles klar und einleuchtend. Allein was will Ulpian mit seinem modico lactis; warum beruft er sich auf die Nothwendigkeit einer interpretatio benigna, und aus welchen Gründen giebt er dem Usuar nicht auch seinen Theil von der Wolle und den Lämmern? Wenn wir den Römern nicht immer unsern alten Begriff vom usus unterschieben wollen, so glaube ich, daß sich diese Fragen wenigstens mit vieler Wahrscheinlichkeit beantworten lassen.

Die Bedeutungen der Wörter bilden sich im gemeinen Leben nicht nach einer philosophischen Richtschnur, und selten lassen sich die Grenzen zwischen den engeren und weiteren Bedeutungen

eines Worts durch eine alles befassende erschöpfende Definition angeben. Nehmen wir nur unser Wort gebrauchen. Im eigentlichen Verstande denken wir bloß darunter das salva rei substantia uti. Und doch zwingen uns unsre Vernunft, und unser Gefühl, einen Gebrauch eines Fasses Wein, eines Kirschbaums u. s. w. zuzulassen, wenn etwa unter diesem uneigentlichen Namen Jemand das Recht der Benutzung der genannten Sachen eingeräumt seyn sollte. Eben so: es erhält Jemand den Gebrauch einer Eselinn. Keinem Menschen wird es einfallen, dem Usuar hier ein Recht auf die asellos in spe zu geben, und doch würden wir ihm allgemein sich der Milch zu bedienen erlauben, besonders wenn wir wissen, daß die, welche einen solchen usus vermachen, gewöhnlich nicht die Absicht haben, dem Usuar diesen kleinen Gewinn zu entziehen. So haben tausend große und kleine, oft unscheinbare Umstände auf die Erweiterung und Beschränkung der Bedeutungen eines Worts den wichtigsten Einfluß. Diese Umstände auszumitteln, ist nur das Geschäft derer, welche aus eigener Erfahrung urtheilen, sich auf ein eignes, gleichsam angebohrnes Gefühl stützen können. Mit den Sitten, der

Cultur,

Cultur, den Gebräuchen, der Lebensweise eines Volks ändert sich alles, und ein fremdes Volk ist nie im Stande, den Sinn der Worte eines andern Volks vollkommen zu begreifen, die feinen Unterschiede der Wörter des letzten klar, hell und scharf einzusehen und zu bestimmen. Höchst selten läßt sich ein Wort vollkommen richtig und genau durch ein anderes übersetzen. Eben deswegen ist denn auch das Recipiren fremder Gesetzbücher ein so mißliches und gefahrvolles Unternehmen. Ein großer Theil der Gesetze — die Lehren von den Servituten und Verträgen geben ein auffallendes Beyspiel hievon — besteht, wie ein großer Theil der Philosophie, aus bloßen grammatischen Untersuchungen über die Bedeutungen der Wörter. Diese Untersuchungen sind nothwendig, weil das Forschen nach den verschiedenen Bedeutungen der Wörter, wenn es gelingen, und nicht in Willkühr und Hypothesensucht ausarten soll, eine seltene Schärfe, Klarheit und Tiefe des Blicks, eine gewisse Gewandheit und Stärke im Ergreifen und Festhalten, voraussetzt, welche das Eigenthum weniger ist. Ließe der Gesetzgeber sich die rechtlichen Bestimmungen in den Köpfen der Richter von selbst ausbilden; so wäre es um Einheit der Rechts-

ver-

verfassung, und Gewißheit des Rechts unwiederbringlich geschehen. Wir würden so verschiedene Bedeutungen von usus und ususfructus haben, als es verschiedene Meynungen giebt, wenn etwa in einer Gesellschaft über die Bedeutung eines Worts jeder sein Urtheil fällen soll. Je klüger und sinnreicher der Kopf, desto mehr ist der Sprachgebrauch in Gefahr, verdrehet und verfälscht zu werden. Es ist mithin Pflicht des Gesetzgebers, nach seiner Einsicht die Sprache auszulegen, und dabey den wahren Bedeutungen der Wörter so nahe als möglich zu kommen. Wozu aber diese Bestimmungen für ein Volk, dessen Wörter sich nur in höchst seltenen Fällen den Worten des fremden Volks substituiren lassen?

Der Ausdruck usus hatte, wie wir schon vorhin sahen, manches im gemeinen Leben von seiner ursprünglichen Bedeutung verlohren. Diese war beschränkt, aber auch auf der andern Seite bis zu einem Punkt erweitert, welcher sich weit über die Grenzen des Begriffs, wie derselbe in den Gerichten angenommen war, erstreckte. Der Dichter schrieb sich das Recht des usus zu, wenn es ihm erlaubt war, eine Sache nach seinen Bedürf-

dürfnissen zu verzehren, ohne dadurch verpflichtet zu werden, in gleichem Maaß und Gewicht das Erhaltene zurückzugeben; der Jurist erweiterte seinen Begriff nie bis zu diesem Umfange. Da man indeß gezwungen gewesen war, den usus einer bloß fruchttragenden Sache auch auf die Benutzung derselben auszudehnen, so hatte sich wahrscheinlich der Begriff desselben auch für den dritten genannten Fall, wovon die L. 12. §. 2. ein Beyspiel liefert, nach Beschaffenheit der Umstände hin und wieder erweitert. Hier gab es nun eine enge ursprüngliche, und eine weite herkömmliche Bedeutung. Labeo, ein Anhänger der stricten Interpretation, gab jener den Vorzug; Ulpian hingegen der letzten, weil zu seiner Zeit die Testamente nach milderen Grundsätzen ausgelegt wurden.

Das Einzige vielleicht, was man gegen diese Hypothese einwenden könnte, ist: warum dehnte Ulpian den usus nicht auch auf die Wolle und Lämmer aus? Welche Gründe hatte er zu einer Entscheidung, die so ganz das Gepräge der Willkühr und des Zufalls an sich trägt? — Wie man es verlangen wird, weiß ich nicht zu antworten.

Ich

Ich begreife selbst nicht jeden einzelnen Punkt in Ulpians Entscheidung, aber ich begreife das Ganze, wie ich einen unbekannten Gegenstand begreife, auf dessen Existenz und allgemeine Eigenschaften ich von einem bekannten Gegenstande mit Sicherheit schließen kann; ich begreife ihn, wie ich mich überhaupt in die Bedeutungen einer fremden Sprache hineindenke. Zu etwas mehrerem glaube ich mich nicht und Niemand berechtigt, und hier grade am wenigsten. Wissen wir denn wie und warum, wem, und von wem der usus bey den Römern gegeben zu werden pflegte? Nichts von allem! Und bey diesen Umständen dürften wir es wagen, Labeo und Ulpian zur Rechenschaft zu ziehen, den letzten zu meistern, weil er keine scharfe Grenzlinie zog, deren wir, von eignen Erfahrungen und Gefühlen verlassen, so sehr bedürfen? Nichts als Täuschung und Uebereilung! Die Grenzen der Wortsbedeutungen lassen sich nicht aus Gründen deduciren, wie ein Satz der Geometrie. Die Erfahrung prägt richtige Gefühle ein, und diese entscheiden. Mit dem römischen Recht sind nur die Entscheidungen, aber nicht die Gefühle und Erfahrungsbegriffe der Römer zu uns herüber gekommen. Wir haben eine

raison-

raisonnirende Geschichte erhalten, aber der eigentliche Stoff der Geschichte ist für uns verlohren gegangen. Eine befriedigende vollkommene Einsicht ist unter diesen Umständen unmöglich, und es ist daher Thorheit, eine Gewißheit erstürmen zu wollen, welcher die Natur unübersteigliche Hindernisse in den Weg gelegt hat. Laßt uns nur erst unsre herkömmlichen Begriffe von usus aufgeben, es einsehen, daß wir dem Römer die Bedeutungen unsrer eingebornen Wörter nicht unterschieben dürfen; — alsdann werden wir schon lernen, mit etwas mehr Resignation und weniger Ungeduld über die Entscheidungen der römischen Juristen zu urtheilen.

Diese Muthmaßungen über die Geschichte der verschiedenen Bedeutungen des Worts usus sind nicht bloß leere Träumereyen. Man lese nur z. B. die vorhin ausgeschriebene L. 12. §. 1. de usu. Es war der usus eines Guts vermacht. Einige Juristen wollten hier dem Usuar bloß etwas Obst, Gemüse u. s. w. nicht aber Oel, Getraide und dergleichen zugestehen. Unmöglich kann man voraussetzen, daß die Juristen, deren scharfe und consequente Bestimmungen zu bewundern wir

über-

überall aufgefordert werden, so blind in den Tag hinein urtheilten; daß Männer, die unendlich mehr, wie wir, in grammatischen Untersuchungen geübt waren, die Bedeutungen eines Worts durch spielendes Herumtappen zu bestimmen suchten. Die Erfahrung mußte hier nothwendig Gefühle und Begriffe erzeugt haben, deren wir uns, bey gänzlich veränderten Umständen nicht mehr zu bemächtigen im Stande sind. Und warum sollten die Gründe, deren Daseyn wir hier mit so vieler Gewißheit durch Schlüsse ausmitteln können, nicht eben so gut im andern Fall vorausgesetzt werden können?

Daß diese Antwort die gewöhnlichen Forderungen unsrer Juristen nicht befriedigt, weiß ich. Wer ein Problem auflöst, soll zu practischen Resultaten gelangen, nichts zu wünschen übrig lassen. Freylich sind solche Resultate tröstlich und beruhigend; aber nur zu oft verliert dabey die Wahrheit auf der einen, was die Bequemlichkeit auf der andern Seite gewinnt.

Vierte Abhandlung.

Etwas über captatorische Vermächtnisse.

So dunkel sich auch die Gesetze über die captatorischen Erbeneinsetzungen und Legate ausdrücken 1): so glaube ich doch, daß nach dem, was Bynkershoek neuerlich zur Aufklärung derselben gesagt hat 2), in Ansehung der Hauptsache alle Schwierigkeiten verschwinden. Nimmt man den Begriff dieses Schriftstellers an, so ist es unbezweifelt, daß die ganze Lehre noch gegenwärtig vollkommene Anwendung findet 3); daher denn auch jede dahin gehörende Frage sowohl für die Praktiker als Theoretiker Interesse haben muß.

1) L. 29. L. 70. L. 71. L. 81. §. 1. de hered. instit. L. 1. de his quae pro non scr. hab. 34. 8 L. 20. §. ult. de cond. institut. L. 64. de Legat. I.

2) Opusculum de captatoriis institutionibus. (Opusc. T, II. n. v. S. 225. fgg.)

3) Müller ad Leys. Obs. 582. 4 Th. S. 103.

Unter diesen ist eine der bestrittensten die: ob bloß die Einsetzung des captantis, oder auch die Einsetzung des captati zugleich mit jener ungültig sey? Die älteren Juristen neigten sich mehr auf die Seite derer, welche die erste Frage bejaheten; die neuren hingegen scheinen weit allgemeiner die entgegenstehende Meynung in Schutz zu nehmen. Bynkershoek hat sich am weitläuftigsten über die ganze Sache erklärt 4), daher es auch, bevor wir die Meynung der älteren Juristen vertheidigen, am besten seyn wird, ihn selbst seine eignen Gründe vortragen zu lassen.

4) A. a. O. cap. x. a. E.

„Sed quid dicemus de institutione Titii, per captationem elicita? Hanc valere plurimis interpretibus ſedet, quia, inquiunt, posſum heredem ſcribere, qui me ante ſcripſit, et quia in hac Titii poſteriore inſtitutione nihil quicquam eſt captatorium. Sed mihi perſuaderi non patior, captatorem poſſe capere ex teſtamento captati, captatum non poſſe ex teſtamento captatoris, adeoque decipientis, quam decepti, conditionem eſſe potiorem. Poſſum heredem ſcribere, qui me iam ſcripſit, ſed qui ſcripſit ſimpliciter, non ſub conditione

ditione captatoria, qua me subdole pellexit, ut eum scriberem heredem. Quin nec omnino eum heredem scripsissem, nisi me prius, ea conditione, heredem esse institutum scivissem, et porro existimassem, id iure optimo licere, ausus duntaxat fato et fortunae committere, uter nostrum prius eo abiret, unde negant redire quemquam. Quae omnes rationes, ut me movent, ita et Alexandrum, veteris iuris interpretem moverunt, ut ad L. 34. C. de transaction. contra captatorem responderet, eum scilicet nihil habere posse ex testamento captati. In alia quidem omnia abivit Castrensis, et reliqui fere omnes scholae veteris Antistites; sed rationes eorum vel supra occupavi et repuli, vel tanti non sunt, ut iusto praelio debellem. Habeamus igitur in captatoria institutione, quamvis conditio fuerit impleta, nullam esse utriusque scripturam, et eius qui captat, et eius qui captatus est, quum utrobique iudicia provocaverint non verus amor, et sincera voluntas, sed, quae illi impedimento est, mera simulatio et improba captatio. Apparet autem, huic quaestioni locum non esse, nisi si quis imprudens, et iuris ignarus, conditionis im-

plendae gratia, captatorem scripserit heredem; pauci alioquin illud facturi sint, qui intellexerint, seipsos non iure heredes esse institutos, atque ita se in ea caussa esse, ut ipsi ex testamento captatoris nihil quicquam habere possint.“

Wir wollen sehen, was die Gegenparthey darauf zu erwiedern hat.

1. Nach der eignen Erklärung des Bynkershoek 5) ist jede Einsetzung captatorisch, welche unter der Bedingung geschieht, daß ein Anderer künftig mir oder einem Anderen etwas hinterlasse; jede Einsetzung, welche sich auf den noch nicht erklärten letzten Willen eines Andern bezieht, oder, wie Papinian 6) sagt: cuius conditio confertur ad secretum alienae voluntatis 7). Diese Vorschrift ist unbedingt, und die Gesetze machen durchaus gar keinen Unterschied, ob der captans aus captatorischen Absichten etwas vermacht habe; ob dem captatus die Einsetzung bekannt geworden sey, oder nicht. Der Grund ist leicht einzusehen. Die Erbschaftsschnapper der Römer, wie sie Horaz, Juvenal, Persius und Andere uns schildern, waren eine furchtbare Gattung

tung von Menschen; schlau und gewandt, um alle Mittel zur Erreichung ihres Endzwecks aufzuspüren. Nichts paßte mehr zu ihren Planen, als die captatorischen Vermächtnisse. Man setzte seinen Freund auf eine ansehnliche Summe ein, ließ ihm unter der Hand durch einen Dritten zufällig zu Ohren bringen, was geschehen war, und wenn die List ihren Endzweck erreicht hatte: so wurde heimlich das Vermächtniß wieder ausgelöscht. Auf diese Weise ließ sich durch ein Paar Federstriche viel gewinnen, und das alles ungestraft unter dem Schutz der Gesetze. Es konnte geschehen, daß eine captatorische Einsetzung nicht aus arglistigen Absichten geschah; in manchen Fällen erfuhr vielleicht der captatus nichts von dem Testament seines Freundes, dem er etwas aus eigenem Antriebe verlassen wollte: — aber wäre es rathsam gewesen, ein allgemeines Gesetz denkbarer, seltener Fälle wegen einzuschränken, und eben dadurch der Chikane derer auszusetzen, die doch schon ohnehin so viele Schlupfwinkel aufzufinden wußten? Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur 8). Ein durchgreifendes Gesetz war besser, als billige Distinctionen, die jeder Schelm zu seinem Vortheil drehen und wenden konnte.

5) A. a. O. cap. 4. sqq.

6) L. 70. de hered. inst.

7) Bynkershoek (cap. 4), Cujaz und Andere, die man bey Müller a. a. O. not. d. finden kann, erklären das secretum alienae voluntatis durch Testament. Also wäre der Satz Papinians: jede Einsetzung ist captatorisch, welche unter einer, auf das Testament eines Dritten sich beziehenden Bedingung geschieht. Das ist aber nicht unbedingt wahr. Denn wenn ich sage: Titio do lego, si me heredem condito nuper testamento instituit: so hat das Legat nichts captatorisches. Papinian hat also entweder zu allgemein gesprochen, oder man versteht ihn zu allgemein. Das letzte ist, wie ich dafür halte, der Fall. Jede Einsetzung ist captatorisch, die sich auf den, noch nicht erklärten Willen eines Andern bezieht. Des Menschen Wille ist wandelbar: — also ist der zu erklärende Wille ein wahres secretum. Papinian will mithin nichts weiter sagen, als: jede Einsetzung ist captatorisch, die von dem noch ungewissen Willen eines Dritten abhängig gemacht wird. Daß das secretum voluntatis diesen Sinn haben könne, widerstreitet nicht dem Genius der lateinischen Sprache, und wird noch ganz besonders durch L. 3. c. de codicillis bestätigt: Quum proponatis — matrem — duos codicillos ordinasse, in dubium non venit, id, quod priori codicillo inscripserat, per eum, *in quem postea secreta voluntatis suae contulerat*, —

rat, — revocatum esse. Ich glaube daher auch gegen Bynkershoek (cap. 8.) behaupten zu können, daß die Formel: qua ex parte me a Titio heredem institutum recitavero etc. nicht unbedingt captatorisch ist. Ist das *institutum* das exactum in Rücksicht auf den Augenblick der Testamentshandlung; so ist es keine captatio. Umgekehrt, wenn es bloß das perfectum in Rücksicht auf den Augenblick der *recitatio* ist.

8) L. 4. de LL. L. 5 L. 8. eod.

Hieraus folgt nun zweyerley:

a) Nicht jede sogenannte captatorische Einsetzung ist captatorisch im eigentlichen Verstande, d. h. nicht jeder so testirende Erblasser thut es in der Absicht, um dadurch einen Andern anzulocken, gleiches mit gleichem zu vergelten. Wir wollen setzen, ein Bruder glaubt, er werde von dem andern gehaßt. Der erste ist reich, und möchte dem letzten, der arm ist, gern etwas in seinem Testament zuwenden, wenn er nur wüßte, daß dieser ihn nicht haßte, so viel Liebe für ihn hätte, freywillig ihm etwas in seinem letzten Willen zu hinterlassen. Thäte er das letzte, so vermachte er ihm gern sein ganzes Vermögen; im umgekehrten Fall könnte er ihm um keinen Preis auch nur den kleinsten Theil desselben zuwenden. In

dieser Gesinnung macht er eine captatorische Erbeneinsetzung. Wo ist hier die captatio? Ich sehe nichts davon.

b) Nicht überall, wo eine captatorische Einsetzung vorhanden ist, ist zugleich der Eingesetzte, wenn er dem Einsetzenden etwas hinterläßt, ein captatus. Wir brauchen nur das vorhergehende Beyspiel zu Hülfe zu nehmen. Der reiche Bruder will wissen, was der arme freywillig aus Liebe zu ihm thun könnte, und setzt ihn unter der Bedingung ein, wenn diese freywillige Handlung erfolgen wird. Ist er klug, so wird er den Inhalt seines Testaments möglichst verheimlichen, weil, wenn der Bruder damit bekannt wäre, Eigennutz die Stelle der Liebe vertreten könnte. Gesetzt nun, dieser thut freywillig, was der andere wünscht: — wer kann sagen, daß unter diesen Umständen ein Theil den andern berücken wollte, und der andre wirklich berückt worden ist?

An sich liegt in einer captatorischen Einsetzung nichts unmoralisches. Die Absicht allein macht sie dazu. Schlechte Absichten können aber in hypothesi nicht präsumirt werden 9), und eben so wenig das Factum des Hintergangenseyns, des Bekanntwerdens der captatorischen Einse-

tzung u. s. w. Alles, was daher Bynkershoek aus den, dem captanti angeschuldigten Betrügereyen, und der angeblichen Täuschung des captati herleitet, ist nichts weiter, als ein Resultat, welches wahr seyn würde, wenn es auf andern und wahren Gründen beruhte.

9) Arg. L. 14. §. 5. qui et a quib. manumitt.

2. Indeß angenommen, der captatus wäre wirklich stets der Betrogene: was folgt denn für die bestrittene Meynung daraus? Läßt er sich wirklich durch die captatorische Einsetzung verführen, so irrt er nicht über Thatumstände, sondern über das Recht, und daraus läßt sich hier keine Entschuldigung hernehmen, weil er, als Erblasser, nicht de damno vitando certirt; denn sonst würde ein Minderjähriger kein Testament machen können. Er wird also vor dem Gesetz eben so angesehen, als hätte er die Ungültigkeit der captatorischen Einsetzung wirklich gewußt. Mag nun auch der captans betrügliche Absichten gehabt haben, oder nicht, das ist einerley, denn wie Ulpian 10) sagt: nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt. Wie der genannte Alexander dazu gekommen seyn mag, sich bey der Erläuterung der L. 34. C. de transactionibus

des captati anzunehmen, ist mir in der That unerklärlich, da das Gesetz ganz deutlich zum Nachtheil seiner eignen Behauptung spricht: „Quum donationis seu transactionis caussa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis, nec unquam volentibus dolus inferatur, frustra de dolo querimini: nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur;“ eine Entscheidung, die den römischen Rechtsgrundsätzen vollkommen gemäß ist 11). Alles mithin, was man zugeben kann und muß, besteht darin, daß man das Legat oder die Einsetzung des captati in dem Fall für hinfällig erklärt, wenn 1) dem captato die Unwissenheit des Rechts nicht von den Gesetzen zur Last gelegt wird, und 2) wenn zugleich erweislich gemacht werden kann, daß der Rechtsirrthum der einzige Grund des Vermächtnisses war. Die Einschränkung versteht sich aber nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts schon von selbst 12).

10) L. 145. de Reg. Jur.

11) L. 1. in f. de act. emt. v. L. 26. de rei vind. L. 1. §. 2. de Aedilit. Edict. L. 16. C. de episcop audient. L. 3. §. 5. de hom. lib. exhib.

12)

12) L. 25. pr. de lib. et posth. L. 92. de hered. inst. L. 93. §. 1. de Legat. III. L. 17. §. 2. L. 72. §. 6. de cond. et dem. Tot. Tit. C. de falsa caussa adiect. legat. vel fideicomm. L. 4. C. de hered. inst.

3. Auch indirect läßt sich die Bynkershoeksche Meynung gewissermaßen ad absurdum bringen. Es ist ausgemacht, daß nicht allein alsdann eine captatorische Willensordnung anzunehmen ist, wenn die Bedingung darauf hinausgeht, der Andre solle **mir**, sondern auch alsdann, wenn ich sage: sollte er einem **Dritten** etwas hinterlassen 13). Nun setzen wir: A hat einen Bruder, B, der ihn ab intestato beerben würde. Er will ihn aber im Testament ausschließen, und dagegen C, D, E und F einsetzen. B hört davon, und hilft sich in der Eil, nach Anleitung der Bynkershoekschen Abhandlung, durch den ganz einfachen Kniff, daß er im Stillen ein Testament macht, des Inhalts: si frater amicos C, D, E et F heredes scripserit, heredem eum instituo. Hat A wirklich die vier Freunde allein zu Erben eingesetzt, so fällt sein Testament über den Haufen, und B ist, was er seyn wollte, alleiniger Intestat-Erbe. Auf diese Weise steht es also in der Gewalt jedes Bösewichts, mich um alle

denk-

denkbare Erbschaften zu bringen: denn daß sich in tausend Fällen nicht ein einziges Mal solche Schelmereyen durch rechtliche Beweismittel ans Licht bringen lassen, ist zu bekannt, um eines Beweises zu bedürfen.

13) L. 71. §. 1. de hered. instit. „Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit, quod Senatus censuit, etiam si in aliam personam captionem direxerit? veluti si ita scripserit: *Titius si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaveritque, heres esto?* Quod in sententiam SCti incidere non est dubium.“

4. Die Gesetze sind sämmtlich auf unserer Seite, da sie bloß dasjenige Vermächtniß vernichten, welches von der künftigen Willensordnung eines Andern abhängig gemacht wird. Papinians Worte in L. 70. de hered. instit. „captatorias institutiones, 14) *non eas Senatus improbavit, quae mutuis affectionibus indicia provocaverunt*, sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis,“ können vielleicht allein die Sache etwas zweifelhaft machen, wenn man mit Bynkershoek zum Behuf dieses Falles daraus schließt, daß alle institutiones captatoriae sind, welche nicht mutua

tua affectione ihr Daseyn erhalten haben. Das argumentum a contrario hat zwar bey der eignen Beschaffenheit der Justinianischen Compilationen großen Werth, aber man muß die Sache nicht zu weit treiben, da immer viel mißliches dabey ist, und vor allen Dingen consequent zu seyn suchen. Will man dieß, so heißt das angeführte Gesetz umgekehrt: der Senat erklärt alle Vermächtnisse für ungültig, die nicht aus gegenseitiger Zuneigung hervorgegangen sind; ein Satz, der doch wohl wiederum sehr leicht durch das argumentum ab absurdo in seiner ganzen Blöße dargestellt werden kann!

14) Nach der gemeinen Lesart steht erst hinter improbavit das Comma. Allein Bynkershoek erinnert (cap. 3.), wie mich dünkt, mit Recht dagegen, daß bey dieser Interpunction der Sinn heißen würde: der Senat mißbilligt nicht diejenigen captatorischen Einsetzungen, die u. s. f. dieß sey gewissermaßen eine contradictio in adiecto. Er setzt daher hinter institutiones das Comma, und dann ist der Sinn klar und richtig. Müller ad Leyſ. Obſ. 582. not †) behält demungeachtet die alte Lesart bey, weil, wie er bemerkt, Bynkershoek selbst (cap. 2.) gesagt hat: non omnem captionem lex Romana vindicat,

cat, longe plurima eius genera extra legis poenam, quin et potestatem fuere, et sic, setzt er hinzu, captionem nominat, quamvis lex non vindicet. — Bynkershoek würde seine Verbesserung leicht gegen diesen Einwurf retten können. Man muß nur zwischen captatorischen Einsetzungen, und andern captatorischen Handlungen unterscheiden. Jene sind auf die angegebene bestimmte Art ihrer Natur nach eingeschränkt; die letzten unendlich mannigfaltig, und eben deswegen extra legis potestatem. Von diesen spricht Bynkershoek einzig und allein a. a. O. veluti: si munera mittat, si latus ditissimi senis, si vetulae vesicam beatae premat. Der Senat verbot daher alle captatorischen Einsetzungen, aber nicht alle andere Erbschleichereyen.

Nach diesem allen läßt sich die ganze Theorie von den captatorischen Einsetzungen (und Legaten) auf folgende einfache Sätze zurückführen:

1. Jede Einsetzung ist captatorisch, welche unter der Bedingung geschieht: wenn dieser oder jener mir, oder einem Dritten etwas hinterlassen wird.

2. In der Regel ist nur die Einsetzung des captantis nichtig.

3. Die

3. Die Einsetzung des captati (d. h. nicht: des Betrognen, sondern desjenigen, welcher unter der genannten Bedingung eingesetzt ist) kann nur dann umgestoßen werden, wenn ein rechtlich entschuldbarer Irrthum den Testator allein zu einem Gegenvermächtniß bewegte.

Fünfte Abhandlung.

Ueber unnöthige Unterscheidungen und Eintheilungen.

Das System soll dem Gedächtniß zu Hülfe kommen. Es soll das Ungleichartige trennen, aber dabey auch das Gleichartige soviel als möglich zu vereinigen suchen. Das vollkommenste System ist dasjenige, welches einen gegebenen Vorrath isolirter, concreter Begriffe auf die kleinste Anzahl allgemeiner Begriffe zurückführt. Distinctionen sind ein Uebel, dem das System vermöge seiner Natur entgegenarbeiten muß, die mithin auch nur insofern in dem System Platz fin-

finden dürfen, als die Natur der Sache eine Unterscheidung nothwendig macht. Wer also eine Materie mit den wenigsten Distinctionen vorzutragen weiß, hat seinen Gegenstand am vollkommensten begriffen.

In der Rechtswissenschaft sind häufige Distinctionen, Divisionen und Subdivisionen unvermeidlich; aber man sollte mehr daran denken, daß diese ein wirkliches Uebel sind; man sollte die Materialien mehr unter möglichst einfache Eintheilungen zu bringen bemüht seyn, nicht aber in unabsehbarem Dividiren und Subdividiren eine eingebildete Ehre suchen. Was dabey herauskommt, wenn man nicht recht eigentlich das Distinguiren zu vermeiden sucht, davon geben uns die falschen Regeln der Alten Juristen, und ihre unermeßlichen Ampliationen, Restrictionen und Exceptionen auffallende Beweise in Menge. Die Neueren haben freylich zum Theil aufgehört, das Recht in diesem Geist zu systematisiren; allein noch immer scheint man mit einer gewissen dunkeln Vorliebe an dem Distinguiren zu kleben, und den eigentlichen Endzweck des Systems zum Theil aus den Augen zu verlieren.

Un-

Unsre tabellarischen Uebersichten der Rechtswissenschaft, oder einzelner Theile derselben, enthalten hinlängliche Belege für diese Behauptung, z. B. die Höpfnerschen Tabellen, welche durchaus gar nicht nach diesen Grundsätzen bearbeitet zu seyn scheinen; wenigstens sieht man nicht, daß der Verfasser es sich zum eigentlichen Endzweck machte, überall von dem Grundsatz auszugehen, daß keine Tabelle vollkommen ist, welche mehr Glieder enthält, als sie enthalten würde, wenn man sich bemühte, das Gleichartige möglichst mit einander zu vereinigen, und unnützen Wiederholungen auszuweichen. So ist es z. E. mit den Regeln der Logik unvereinbarlich, wenn man die Substitution eintheilt in die militarem et non militarem, und dann wieder jede derselben in vulgarem, pupillarem und exemplarem. Denn der Soldat ist in Ansehung der letzten gar nicht privilegirt. Es ist hier also unleugbar ein Glied zu viel. Eben so könnten aus der Tabelle, in welcher die Lehre von der querela in officiosi dargestellt wird, eine Menge von Distinctionen wegfallen. Man vergleiche nur, was von den adoptivis und den suis naturalibus gesagt wird. Was von jenen gilt, gilt auch

von diesen: mithin fällt die Eintheilung zusammen, und die doppelte Eintheilung ist unnütz.

Es sey mir erlaubt, noch ein anderes täglich vorkommendes Beyspiel anzuführen, welches vorzüglich bemerkt zu werden verdient. Es ist bekannt, daß man den Anfänger eine geraume Zeit mit den verschiedenen Bedeutungen des Wortes *ius* in den Institutionen und Pandecten zu unterhalten pflegt. Gewöhnlich werden diese Bedeutungen, wie die drey praecepta iuris, mit Furcht und Zittern dem Gedächtniß einverleibt, ohne alles Nachdenken, ob die Bedeutungen wirklich verschieden sind, oder nicht, wie sie zusammenhängen, und auf welche Weise diese Verschiedenheit entstand. Heineccius giebt deren 5 an 1); der Herr Hofrath Glück hingegen hat die Zahl derselben bis auf 14 vermehrt 2).

1) Elem. iur. civ. §. 18.

2) Commentar über die Pand. §. 1.

Beynah alle diese Bedeutungen scheinen mit auf zwey einfache Grundbedeutungen zurückgeführt werden zu können. Nämlich ius bedeutet:

I. Soviel als ein Recht in allgemeinem Sinn, d. h. eine Eigenschaft eines Subjects, wel-

che durch das Gesetz in dasselbe gelegt ist (est mihi ius eundi, nonnunquam ius pro necessitudine dicimus, veluti: est mihi ius cognationis).

II. Soviel als Gesetz in allgemeinster Bedeutung, d. h. den nächsten oder entfernteren Grund der Möglichkeit oder Nothwendigkeit einer Handlung, und zwar

1) ein einzelnes Gesetz, den Grund der Möglichkeit oder Nothwendigkeit einzelner Handlungen, z. B. ius praecipit hoc aut illud; hoc iure, hoc titulo licet, oder

2) einen Inbegriff von Gesetzen, und zwar wieder

a. einen bloß gedachten Inbegriff von Gesetzen, z. B. ius Romanum, oder

b. einen wissenschaftlich geordneten Inbebegriff von Gesetzen: iurisprudentia s. obiectivo, z. B. in iure personarum agimus etc.

Rechnet man die wenigen uneigentlichen Bedeutungen ab, so bleibt keine übrig, welche nicht unter den Begriff von Gesetz und Befügniß gehörte. Z. B. in der Formel: i mecum in ius,

heißt das Wort ius keineswegs das tribunal des Prätors, sondern die Worte wollen umschrieben nichts weiter sagen, als: i mecum illinc, ubi ius, i. e. lex nobis pronunciatur. Eben so wenig bedeutet ius im lateinischen, was den Gesetzen gemäß ist, also nicht die Eigenschaft einer Handlung, sondern die Worte: hoc iuris est, sagen nichts, als: hoc per ius i. e. legem fieri licet, vel non licet etc. Noch weniger heißt ius soviel, als die gesetzlich bestimmte Testamentsform. Denn testamentum iure factum will doch nichts anders sagen, als: testamentum secundum ius i. e. legem factum. Ein gleiches gilt von der Bedeutung: Proceßform oder Gerichtsordnung. Denn wenn es im L. 13. C. de R. V. heißt: *ordinarii iuris* est, ut, mancipiorum orta quaestione, prius, exhibitis mancipiis, de possessione iudicetur, so liegt in den Worten iuris est abermals die Bedeutung Gesetz klar am Tage. Mir fällt hiebey eine Stelle aus dem Schellerschen Lexicon ein, worauf ich einmal während meiner Schuljahre stieß. Der Verfasser will die verschiedenen Bedeutungen des Wortes opus entwickeln, und fängt an, opus bedeutet 1) das

Werk

Werk, 2) Honig. — — Wie? Honig? Allerdings, nämlich in den Worten: opus apium. Will man in diesem Geist die Verschiedenheiten der Wortbedeutungen ausmitteln, so muß über jedes Wort ein Lexicon geschrieben werden, weil es dann grade so viele Bedeutungen giebt, als verschiedene Wortverbindungen mit dem verbo quaest. vorgenommen werden können. Das Wort opus bedeutet alsdann auch millesimo loco Schellers Lexicon, und das Wort ius mein Recht auf Selbstvertheidigung. Denn das letzte ist auch ordinarii iuris, und ich kann mit vollem Recht sagen: opus Schelleri, cui titulus inscriptus u. s. w.

Es sind dieß keineswegs Kleinigkeiten und Subtilitäten. Der Eintritt in die Rechtswissenschaft ist schon an sich finster genug, und der Anfänger ist schon durch die Natur der Sache zu oft genöthigt, sein Gedächtniß zu überfüllen, als daß man es nicht für Pflicht halten müßte, aus allen Kräften dahin zu streben, dem Verstande desselben Nahrung zu geben, und ihm die Gedächtnißarbeiten zu erleichtern. Es bedarf daher auch keiner Entschuldigung, wenn ich hier freymüthig

die Begriffe eines Mannes prüfte, dessen Schriften mir im Uebrigen stets lehrreich und merkwürdig bleiben werden.

Sechste Abhandlung.

Erklärung der L. 22. §. ult. und der L. 23. D. de pignorat. act.

Die Pflicht, den, durch die Entwährung erlittenen Schaden zu vergüten, liegt nach bekannten Rechtsgrundsätzen nur dem ob, dessen Rechte auf den Andern übertragen sind, (dem Autor,) einige Fälle ausgenommen, da auch gegen den, durch welchen bloß die Uebertragung des Rechts geschehen ist, der Regreß Statt findet 1). Der Gläubiger wird durch das Pfandrecht nicht Eigenthümer der Sache, und ist daher, wofern er bey der Veräußerung derselben ohne Betrug gehandelt hat, dem Käufer, im Fall der Entwährung, zu keinem Schadensersatz verpflichtet. Er ist vielmehr als Bevollmächtigter des Pfandschuldners anzusehen, und dem Käufer ist in der Regel nur gegen

gegen den Letzten der Regreß zu gestatten 2). Doch kann der Gläubiger bey dem Verkauf die Verbindlichkeiten des Schuldners durch eine, hierauf gerichtete Stipulation, ganz, oder zum Theil, über sich nehmen; in welchem Fall er aber, vermöge der Natur der Stipulation, nie zu etwas mehr, als wozu er sich ausdrücklich anheischig gemacht hat, verbunden wird 3). Vermöge dieses Versprechens kann nun der Käufer, nach erfolgter Entwährung, den Gläubiger unmittelbar in Anspruch nehmen, und sich, mit Vorbeygehung des Schuldners, allein an jenen halten; dem Gläubiger hingegen steht wieder, wegen geschehener Leistung des Versprochenen, der Regreß gegen den Verpfänder offen; doch unter gewissen Einschränkungen. Der Gläubiger nämlich ist verbunden, den Schuldner wegen jeder, in Ansehung des Pfandes begangenen groben und mäßigen Nachläßigkeit schadlos zu halten, oder selbst den Schaden zu tragen, den er sich auf diese Weise zugefügt hat 4). Sowohl bey der Verwaltung, als der Veräußerung der verpfändeten Sache fordern die Gesetze gewöhnliche Vorsicht und Aufmerksamkeit von ihm, und der Schuldner ist ihm zur Ersetzung des Schadens nur in soweit gehal-

ten, als er, bey fleißiger Verwaltung der Geschäfte jenes, sich wirklichen Nachtheil zugezogen hat.

1) L. 4. §. 1. L. 50. ff. de eviction.; L. 11. §. 16. de act. emti; E. C. Westphals syst. Erl. der R. Gesetze vom Pfandrechte §. 214. p. 308.

2) L. 10. ff. de distr. pign. L. 38. de eviction. L. 11. §. 16. ff. de act. emti venditi; Tit. C. cred. evict. pign. non debere. (VIII. 46.) *Hellfeld* de pactis evid. caussa initis §. 11. (in eius opusc. n. 15. p. 318.); *I. H. Boehmer* consult. et dec. p. 1. arg. 335. n. 32. sqq. Idem de usu pacti de praest. evict. c. II. §. VIII. (exerc. ad ff. T. IV. p. 49.)

3) L. 17. 36. 42. 43. 48. 56. §. 2. L. 60. ff. de eviction. L. 35. ff. de act. emti. L. 21. C. de evict. (VIII. 45.) *Hellfeld* l. c. §. 34. *I. H. Boehmer* doctr. de Action. S. II. C. 8. §. 70.

4) §. 4. I. quib. mod. re contr. obligatio; L. 13. §. 1. L. 14. ff. de pignor. act. L. 19. C. de pign. et hypoth. (VIII. 14.) *G. Noodt* probabil. L. 1. C. IV. *Crell* de custodia et periculo pign. §. 1. in f. §. 5 et 6. (in eius Differt. Fasc. III. D. 16.) *G. A. Struvii* evolut. controv. L. XIII. T. 6. Th. 48. *Erxleben* princ. de iure pign. et hypoth. §. 160 - 62. *C. G. Wehrn* Doctrina iuris explicatrix princip. et cauff. damni etc. Cap. III. p. 63.

p. 63. not. 21.; p. 139. not. 12.; p. 168. n. p.; p. 177. n. 31.

Einen hieher gehörigen Fall entscheidet Ulpian in dem §. 4. L. 22. D. de pignor. actione: „Si creditor, quum venderet pignus, duplam promisit, (nam usu hoc evenerat,) et conventus ob evictionem erat, et condemnatus: an haberet regressum pignoratitiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit; si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.“ Da in Praxi Fälle vorgekommen waren (nam usu hoc evenerat), daß der Gläubiger bey dem Verkauf der verpfändeten Sache dem Käufer, im Fall der Eviction, das Duplum versprochen hatte: so entstand jetzt die Frage, in wiefern ihm der Regreß gegen den Schuldner zu gestatten sey? Ulpian macht einen Unterschied, ob der Kauf mit Vorsicht und Klugheit, und mit zum Nutzen des Schuldners geschlossen ist, oder nicht. Hat z. B. der Gläubiger bey der Veräusserung des Pfandes die Bezahlung des Dupli deswegen

über sich genommen, weil er ohne diese Bedingung den Verkauf entweder gar nicht, oder nicht so vortheilhaft zu Stande bringen konnte: so kann ihm der Regreß auf keine Art verweigert werden. Denn erstlich brauchte er nicht vorauszusetzen, daß der Schuldner ihm die Sache eines Andern verpfändet habe; der Käufer würde zweytens, ohne jenes Versprechen, den Schuldner selbst in Anspruch nehmen 5); und endlich haben beyde Theile, sowohl der Verpfänder, als der Pfandgläubiger, Vortheil davon. Jener, indem er, nach Maaßgabe des Kaufpreises, von seiner Schuld befreyt wird, und von dem Verkäufer den Ueberschuß erhält; dieser, indem er, so weit seine Forderung reicht, Eigenthümer des erhaltenen Kaufgeldes, und, in Ansehung seiner Ansprüche an den Schuldner, ganz, oder zum Theil befriedigt wird 6). Ist hingegen die Sache von dem Käufer so bezahlt, daß sie zu eben demselben Preise ohne Schwierigkeit hätte verkauft werden können: so ist die Verpflichtung zur Wiedererstattung des doppelten Kaufgeldes unnöthig, und der Schuldner ist nicht verpflichtet, die nachtheiligen Folgen eines Versprechens zu tragen, das weder ihm, noch dem Verkäufer in irgend

einer

einer Rücksicht vortheilhaft werden konnte. Der Pfandgläubiger kann folglich in diesem Fall das erlegte Duplum nicht durch die act. pign. contraria zurückfordern; eine Entscheidung, welche sich so sehr auf allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze stützt, daß nur in einem Buche, worin die rationes dubitandi zum Wesen einer Gesetzerklärung gehören, die Billigkeit und Vernünftigkeit jenes Ausspruchs im Ernst in Zweifel gezogen werden kann.

5) L. 74. §. 1. ff. de evit. L. 1. C. cred. evict. pign. non deb. (VIII. 46.)

6) L. 6. §. 1. L. 7. 24. §. 2. L. 42. ff. de pignor. act. L. 11. de acceptil. L. 9. §. 1. ff. de distr. pign. L. 66. in fin. de Solut. L. 1. et ult. C. de pignor. act. (III. 24.) L. 8. C. si cert. pet. (IV. 2.) L. 3. C. de distr. pign. (VIII. 28.)

Nicht so deutlich und einleuchtend ist das folgende Fragment, welches aus den Disputationen des Tryphoninus genommen ist, und durch die Anfangsworte genau mit dem vorhergehenden zusammenhängt: „Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam, consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquennium sorte, quam pretium ex re obligata,

ta; consecutus, victus eam emtori restituit: etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse 7), ut aufferri non possit, palam factam est. Sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae praetii, quod ab emtore acceperat." 8)

7) In einigen Ausgaben steht nach solutum esse: pro evictione, welche Lesart sich aber nicht in der Florentina findet.

8) In den Basiliken (L. XXV. T. 1. 23.) ist das Gesetz so abgekürzt: Petit autem debitum, et usuras ex stipulatione ex die venditionis in diem evictionis. Sed si simplum praestitit, usuras non petet, quia pretio usus est.

Der verstorbene Professor Westphal findet das Gesetz etwas unbegreiflich, ist aber am Ende doch geneigt zu glauben, daß darunter der Fall begriffen sey: si nullum emolumentum talis venditio attulit. Hier müsse der Gläubiger zufrieden seyn, wenn er nur einige Entschädigung wegen des bezahlten dupli bekomme. Diese werde ihm dadurch gegeben, wenn er die Zinsen der Zwischenzeit so vergütet erhalte, als wenn er das Kaufgeld indeß nicht genutzt habe 9).

9) Westphals Pfandrecht §. 214. p. 312.

Wenn das Gesetz wirklich diesen Sinn hat, so verstößt der Verfasser desselben offenbar gegen alle sonstigen Rechtsgrundsätze, und seine Barmherzigkeit gegen den Gläubiger ist im Grunde die höchste Ungerechtigkeit gegen den Pfandschuldner. Die Forderung des Gläubigers war durch den Empfang des Kaufpreises getilgt, und er konnte von diesem Augenblick an keine Zinsen mehr von dem Schuldner verlangen. Durch die Benutzung des Kaufpreises erhielt er eben das, was er würde erhalten haben, wenn der Schuldner selbst das Pfand von ihm wieder eingelöst hätte. Der Preis, den er für das Pfand erhielt, war so niedrig, daß er nicht genöthigt war, noch obendrein die Verpflichtung zur Bezahlung des dupli über sich zu nehmen. That er es dennoch, so entspringt aller Schaden, welchen er dadurch leidet, zuletzt aus seiner eignen Unvorsichtigkeit: quod quis autem ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire 10). Allein gesetzt auch, daß in diesem Fall sich ein besondrer Grund denken ließe, warum der Pfandgläubiger mit Schonung zu behandeln sey: so würde doch ohne allen Zweifel kein Römischer Jurist

rist sich eine solche schwankende Entscheidung haben zu schulden kommen lassen. Selbst die Kaiser, wo sie der Billigkeit etwas nachgeben zu müssen glauben, ziehen doch wenigstens immer eine scharfe Grenze, und die Entscheidung verwickelter und zweifelhafter Fälle beruht im ganzen Römischen Rechte stets auf einem festen und bestimmten Princip 11). Die vorliegende Entscheidung hingegen ist durchaus schwankend, und bald dem einen Theile, bald dem andern, drückend, oder vortheilhaft. Denn entweder soll der Gläubiger die Zinsen auf jeden Fall fordern können, oder nicht. Ist jenes, so kann ihm das Gesetz bald gar keinen Vortheil bringen, bald den Schuldner aufs Aeusserste belasten. Wir wollen setzen, daß (nach Römischem Rechte) bey der Anleihe dem Gläubiger 8 Procent stipulirt sind. Jetzt veräussert er das Pfand, und verspricht nach erfolgter Eviction das duplum zu bezahlen. Wird nun am folgenden Tage dem Käufer die Sache abgestritten, so muß er sein Versprechen erfüllen, ohne irgend etwas von dem Schuldner wiederfordern zu können. Erfolgt hingegen die Eviction nach 20 Jahren, so verliert der Gläubiger durchaus gar nichts, und der Schuldner

allein trägt alle nachtheiligen Folgen jenes zwecklosen und unvorsichtigen Versprechens. Ausserdem würde nach dieser Erklärung der letzte Theil des Gesetzes eben so unbillig und widersprechend seyn, als der erste. Der Jurist sagt schlechthin: sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione. Nun aber lassen sich offenbar sehr viele Fälle denken, wo er bey der Zurückbezahlung des erhaltenen Kaufpreises weit mehr, als bey der Leistung des dupli verliert; z. B. wenn er das simplum nach Einem Jahre, das duplum nach 25 Jahren zurückgiebt. Im letzten Falle kann er von den, in der Zwischenzeit eingenommenen, und vom Schuldner erhaltenen Zinsen das ganze duplum bezahlen; im ersten Fall hingegen nur höchstens $\frac{4}{25}$ des einfachen Werths. Die ganze Entscheidung ist daher äusserst widersprechend, und unbillig. — Soll aber der Schuldner die Zinsen nicht unbedingt, sondern nur bis zu einer gewissen Summe, oder bis zu einer gewissen Zeit fordern können (wodurch eigentlich jene Widersprüche ebenfalls nicht gehoben werden): so ist durch das Gesetz nichts entschieden, denn das quinquennium wird offenbar nur zum Beyspiel angenommen,

auf-

ausserdem aber findet sich keine Spur einer Regel, wodurch dem Rechte, Zinsen zu fordern, bestimmte Grenzen gesetzt wären.

10) L. 203. ff. de Reg. Iur.

11) L. 11. in fin. ff. de negot. gest. L. 13. §. 14. L. 42. ff. loc. cond. L. 40. 41. 42. 43. ff. de hered. instit. L. 31. de manumissis testam. L. 27. ff. de reb. dub. §. 4. I. de donat. Tit. C. de commun. serv. manum. (VII. 7.) L. 30. ff. de lib. caussa *M. Berlich* conclus. p 1. 49. *G. G. Leibnitz* diss. de casibus perplexis Frankf. 1672. (in eius opp. ed. Dutens T. IV. p. 45.) §. 24. 27. 28.

A. Faber 12) sucht, mit den Glossatoren, das Gesetz von einer andern Seite darzustellen. Er versteht es von dem Falle, wenn der Verkäufer die Bezahlung des dupli ohne Unvorsichtigkeit übernommen hat: denn wenn er sich in einer strafbaren culpa befinde, so könne er von dem Schuldner nichts zurückverlangen 13). Wenn der Gläubiger daher aus guten Gründen beym Verkauf die Zurückgabe des doppelten Kaufpreises stipulirt habe; so sey der Schuldner auf allen Fall gehalten, ihm die Zinsen der Zwischenzeit zu bezahlen, auch wenn die Eviction erst nach 20 und mehr Jahren erfolge. Denn wenn die

Sache

Sache gleich nach dem Verkauf evinzirt werde, so müsse ja der Gläubiger allen Schaden allein tragen. Dafür sey nun aber auch der Schuldner ohne alle Einschränkung verpflichtet, die Zinsen zu erlegen, selbst wenn diese das duplum überstiegen. Der Schuldner leide zwar im letzten Falle großen Schaden, allein in andern Fällen gewinne er auch offenbar. Man müsse beydes gegen einander aufheben, und der Schuldner dürfe in dem einen Falle das Gesetz nicht unbillig nennen, wenn es ihm bey andern Gelegenheiten erlaubt sey, zu seinem eignen Vortheil Gebrauch davon zu machen 14).

12) Rational. ad ff. ad L. 23. cit.

13) Ibid. ad L. 22. §. vlt. in fin.

14) Arg. L. 10. ff. de R. I. L. penult. C. de solution. (VIII. 43.) L. 12. C. de inoff test. (III. 28.)

Daß der Gläubiger, in sofern er, ohne wahrscheinlichen Gewinn, die Evictions-Leistung versprochen hat, auch nicht einmal das simplum vom Schuldner fordern kann, hat allerdings seine Richtigkeit. Er verliert den Kaufpreis, der zur Tilgung seiner Forderungen hinreichte, durch eigne Schuld, und kann sich daher nicht durch die act. pign. contr. an den Schuldner halten 15);

wenn er auch gleich nach Cession der Klage des Käufers (act. emt. util.), oder durch die act. negot. gest. contraria sich auf andre Weise ganz, oder zum Theil schadlos halten kann. Allein wenn einmal der Gläubiger allen Schaden tragen soll, welcher aus seiner Unvorsichtigkeit erwächst; so muß der Schuldner eben so gehalten seyn, allen Schaden zu ersetzen, den der Gläubiger als Bevollmächtigter leidet, ohne ihn sich durch seine eigne Nachlässigkeit zugezogen zu haben 16). Die vorliegende Entscheidung ist aber dieser Regel durchaus zuwider. Denn der Gläubiger kann nur in Einem einzigen Falle wieder zu dem Seinigen kommen, da hingegen der Schuldner in unzähligen Fällen wenigstens immer einigen Vortheil hat. Der Gläubiger soll freylich dafür, daß er durch die Zinsen oft weniger als die Hälfte des dupli empfängt, (denn nach Fabers Meynung hat er wegen der andern Hälfte ohnehin den Regreß), in jedem Fall alle, in der Zwischenzeit zahlbar gewesenen Zinsen, fordern können, auch wenn sie mehr als die Summen des dupli betragen; allein dieß kann nicht Statt finden, da in der Regel die Zinsen das Capital nicht übersteigen dürfen 17), und der Gläubiger also nie mehr,

als aufs Höchste den einfachen Kaufpreis durch die Zinsen vergütet erhalten kann. Es giebt folglich nur Einen Fall, wo ihm durch den Verpfänder der erlittene Schaden ersetzt wird, während daß sich die Zahl der Fälle, wo er verliert, gar nicht berechnen läßt. Der Schuldner, der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Erstattung des ganzen Schadens verbunden wäre, kann auf diese Art sehr oft gewinnen; der Gläubiger auch nicht Ein einziges Mal, indem er von dem Schuldner nie mehr an Zinsen, als die Hälfte des dupli, d. h. dessen, was er aus seinem eignen Vermögen hergegeben hat, erhalten kann.

15) L. 5. pr. L. 7 §. 2. L. 8. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. L. 7. C. de remiss. pign. (VIII. 26.)

16) Arg. L. 2. ff. de negot. gest. L. 61. §. 5. ff. de furt. *Wehrn* l. c. p. 184 - 87.

17) L. 10. C. de usur. (IV. 32.) Nov. 121. C. 1. et 2. *F. E. Puffendorf* Tom. I. Obs. 14. Struben rechtl. Bed. 1 Th. 123. B. 3. Th. 33. B. *Leysser* Sp. 248.

Allein gesetzt auch, daß die möglichen Fälle, in denen der Schuldner gewinnen oder verlieren kann, gegeneinander in gleichem Verhältniß stän-

den (welches, was Faber übersehen zu haben scheint, allenfalls dadurch geschehen kann, daß der Gläubiger, wegen Benutzung des Kaufgeldes, eingentlich doppelte Zinsen erhält, wiewohl hier im Grunde die Unbilligkeit auf die entgegengesetzte Seite übertragen würde); so wäre doch der Knoten durch jene Entscheidung nur auf eine willkührliche Art zerschnitten. Daß der Verkäufer, als Bevollmächtigter des Pfandgläubigers, von dem letzten die Erstattung jedes Schadens fordern kann, sobald er nur den Handel mit der erforderlichen Vorsicht geschlossen hat, ist nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen, völlig ausgemacht 18). Von dieser Regel soll nun aber im vorliegenden Fall, — vielleicht weil beyden Theilen durch den Verkauf geholfen wird, — eine Ausnahme gemacht werden. Der Grund der Entscheidung ist: beyde müssen den Schaden zu gleichen Theilen tragen. Denn dem Gläubiger werden die Zinsen der Zwischenzeit nur deswegen uneingeschränkt zugesprochen, damit zwischen ihm und dem Schuldner, Wahrscheinlichkeit gegen Wahrscheinlichkeit gerechnet, ein völlig gleiches Verhältniß Statt finde. Dieses gleiche Verhältniß wird nur der Gerechtigkeit und Billigkeit wegen festgesetzt. Die Bil-

lig-

ligkeit eines Gesetzes ist nur dann vollkommen, wenn im Allgemeinen, und in jedem einzelnen Falle ein gleiches Verhältniß dadurch hervorgebracht wird. Dies zu erreichen, wenigstens soweit es sich thun läßt, ist eine Pflicht, welcher sich der Gesetzgeber nicht entziehen kann. Der Jurist wollte, nach Fabers Meynung, beyde Theile auf gleiche Weise schonen, und jedem gleiche Lasten auflegen. Er hätte daher, wenn es ihm darum zu thun war, geradezu so entscheiden müssen: wenn der Gläubiger durch die Stipulation des dupli des Schuldners Vortheil wirklich befördert, und unter dieser Bedingung einen höheren Kaufpreis erhalten hat: so soll, nach erfolgter Eviction, 1) der Schuldner dem Gläubiger unbedingt die Hälfte des dupli bezahlen, da der Käufer aufs Wenigste eben dieß von ihm erhalten haben würde, wenn der Verkäufer nicht die Verbindlichkeiten des Autors übernommen hätte; 2) die andre Hälfte aber soll unter beyde gleich vertheilt werden, und der Schuldner erstattet dem Gläubiger daher auf allen Fall $\frac{3}{4}$ des doppelten Kaufpreises, aber keine Zinsen, weil die in der Zwischenzeit von dem Kaufgelde gezogenen Nutzungen in Anschlag gebracht werden

müssen. — Auf diese Art wäre der Schaden in jedem einzelnen Falle getheilt, und das Gesetz nie dem einen Theile auf Unkosten des andern vortheilhaft. Die Fabersche Entscheidung hingegen beruht auf einer falschen Spitzfindigkeit, und stützt sich auf ein Princip, das alle eigentlichen Rechtsgrundsätze vernichtet, und bloße Willkühr an die Stelle der Gerechtigkeit setzt. Denn dieser Entscheidung zufolge wird nur dadurch beyden Theilen gleiches Recht eingeräumt, weil beyde gleiche Wahrscheinlichkeit haben, für das, was sie jetzt zu wenig erhalten, ein anderes Mal zu viel zu empfangen. Zu viel Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit werden daher gleichsam als positive und negative Größen addirt, grade als wenn die Billigkeit das Facit dieser Berechnung wäre. Faber meynt zwar, es schicke sich nicht, ein Gesetz in dem einen Falle unbillig zu nennen, wenn man es in andern Fällen offenbar zu seinem Vortheil benutzen könne; allein ein solches Argument kann in seiner Allgemeinheit höchstens nur für den gelten, der bloß Gewinn vor Augen hat. Wer es für unrecht hält, zu viel zu nehmen, kann sich sehr gut, und ohne Unschicklichkeit beklagen, wenn ihm zu wenig gegeben wird. Mit der

Fest-

Festsetzung jenes Princips hingegen ist im Grunde alle Gerechtigkeit aufgehoben. Der Vater kann das Vermögen seines Sohnes nach Belieben verschwenden, weil diesem, wenn er Vater wird, dasselbe frey steht; der Eigenthümer kann nicht vindiziren, weil er, als bonae fidei possessor selbst Vortheil davon hat; der Pachter prästirt keine culpa, und der Verpachter kann nicht darüber klagen, weil das Gesetz im umgekehrten Falle ja offenbar zu seinem Vortheil spräche: kurz! es läßt sich aus diesem Grundsatze jede Ungereimtheit vertheidigen. Vielleicht ist der Gesetzgeber zuweilen durch die Nothwendigkeit gezwungen z. B. um weitläuftige und unbedeutende Streitigkeiten aus den Gerichten zu verbannen, den Knoten auf diese Weise zu zerhauen: aber nur, wenn gar kein besserer Ausweg übrig ist 19). Im vorliegenden Fall aber läßt sich eine weit billigere und vernünftigere Entscheidung denken, und eben deswegen ist die des Tryphonin, wenn das Gesetz wirklich jenen Sinn hat, durchaus zu verwerfen.

18) L. 15. L. 20. ff. mand. L. 13. C. eod. L. 10. de R. I. *Lauterbach* coll. theor. pr. L. 17. T. 1. §. 36. *Hahn* ad Wesenbec. L. 17. T. 1. n 10.

19) Fälle dieser Art kommen wohl im Römischen Rechte vor, z. B. L. 25 §. 6. ff. locat. cond.

L. 17. C. de usur. (IV. 32) Allein es treten dabey besondere Rücksichten ein, und man würde sehr unrecht thun, wenn man aus solchen einzelnen Beyspielen gleich allgemeine Regeln bilden wollte.

Noch weniger Trost findet man bey andern, welche die Erklärung des angezogenen Fragments versucht haben. *Alteserra* in seinen recitationibus quotidianis in Claudii Thryphonini Libros XXI. Disputationum. Tolosae 1679. sagt darüber T. 1. p. 51: „Sed si nomen fuit usurarium, id est sub stipulatione usurarum debitum, et post quinquennium forte, quam creditor pignus vendidit, interposita stipulatione duplae, secuta evictione duplam ex stipulatione praestiterit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia non videtur pretium pignoris creditori solutum, quod coactus est reddere, sequuta evictione pignoris venditi. Nec videtur creditor medio tempore habuisse usum pecuniae, ob praestationem duplae, quae usuras quinquennii excedit. — — — Et hoc est, quod subobscure ait Tryphoninus: nihil ei solutum esse pro evictione, ut auferri non possit, id est, nihil videri solutum, quod non ita solutum

tum est, ut auferri non possit, sequuta evictione. Sed si simplum praestiterit, non potest petere usuras medii temporis, et si petat, repellitur exceptione doli mali, quia habet usum pecuniae pretii pignoris, quod ab emtore accepit, et usus pecuniae pretii est vice usurarum." Ich brauche kaum zu erinnern, daß diese ganze Stelle eine bloße wortreiche Paraphrase ist, welche, da der Verfasser derselben die Schwierigkeiten des Textes entweder nicht merkte, oder nicht merken wollte, durchaus nicht als eine eigentliche Erläuterung angesehen werden kann. Eben so giebt Pothier (Pandectae Justinian. T. 1. p. 398. Edit. Lugdun. 1782) bloß die Frage als Antwort zurück, indem er sich allein darauf einschränkt, Tryphonins Worte abzuschreiben, und diese, sofern sie einzeln genommen, klar sind, mit ein Paar unbedeutenden Anmerkungen zu begleiten.

Andre, von denen man wohl eine Erklärung des Gesetzes hätte erwarten oder verlangen können, z. B. Huber, Noodt, Voet und Brunnemann, übergehen dasselbe ganz mit Stillschweigen. In dem Hommelschen corp. iur. cum not. varior. sind bloß die Basiliken angeführt.

 Nach

Nach Westphals und Fabers Erklärungen hebt die L. 23. den §. 4. der L. 22. augenscheinlich auf, und es ist schon aus diesem Grunde zu vermuthen, daß mit der ersten ein andrer Sinn zu verbinden sey. Daß dem würklich so ist, läßt sich ohne Mühe darthun, sobald nur beyde Gesetze nicht als ein völlig zusammenhängendes Raisonnement über einerley Fälle angesehen werden. Um nichts zu übergehen, werde ich das Gesetz wörtlich erklären.

Die Anfangsworte: nec enim amplius a debitore, quam debiti summam consequi poterit, sind eigentlich nur eine allgemeine Regel, worauf sich die Entscheidung des vorhergehenden Gesetzes stützt, obgleich Tryphonin einen ganz andern Satz dadurch bekräftigt haben mag. Es ist bekannt genug, wie sehr sich die Verfertiger der Pandekten in dieser Excerpiermethode, die bey ihnen oft ins Lächerliche und Gesuchte ausartete (20), gefielen, und wir brauchen uns nicht länger dabey zu verweilen. Sed si stipulatio usurarum fuerat, d. h. wenn der verkaufende Pfandgläubiger außer dem, bey dem Verkauf (durch ein pactum adiectum, wovon vorhin die Rede war) versprochenem Duplo, auch noch durch eine

eine Stipulation die Zurückgabe der, in der Zwischenzeit von dem Kaufpreise gezogenen Zinsen verspricht. Es war zwar bey den Römern gewöhnlich, daß auf den Fall der Eviction bloß das Duplum versprochen wurde (21); allein die Gesetze bestätigen ausdrücklich, daß der Wille der Partheyen hievon nach Gutbefinden Ausnahmen machen könne. Si plus vel minus, sagt Hermogenian, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est (22). Daß der Käufer sich die Zurückgabe des doppelten Kaufpreises nebst den Zinsen von dem Pfandgläubiger versprechen ließ, war eben so natürlich, als daß dieser, um die Sache höher auszubringen, jenes Versprechen that. Denn ohne die Stipulation des Gläubigers konnte der Käufer, im Fall der Entwährung, von dem Schuldner, als Autor der Sache, nur das Simplum nebst dem Interesse zurückverlangen (23). Der Beweis des Interesse ist aber mit großen Schwierigkeiten verknüpft (24). Er konnte sich daher nur durch die Stipulation des Verkäufers gegen allen möglichen und muthmaßlichen Schaden sichern, und dieser durfte ohne Bedenken ein solches Versprechen

thun,

thun, sobald er nur dadurch die Sache unter vortheilhafteren Bedingungen verkaufte. Denn daß die Eviction wirklich erfolgen, und seine Verbindlichkeit wirksam machen werde, brauchte er nicht vorauszusetzen. Geschah dieß inzwischen, so stand ihm ja stets der Regreß gegen den Verpfänder offen, und er hatte, auf allen Fall, nur einige Weitläuftigkeiten, aber nie wirklichen Schaden von seinem Versprechen zu befürchten.

(20) Vergl. z. B. L. 10 et 11. ff. de pact. L. 20 et 21. de LL. L. 3. 4. 5. 6. 7. de publ. in rem act. L. 33 et 34. de pecul.

(21) *Hellfeld* de pact. ev. caussa init. §. 34. Westphals Lehre des gem. Rechts über Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinscontract, §. 192-197.

(22) L. 74. pr. ff. de evict. vide L. 56. ibid.

(23) L. 8. 60. 66. 70. ff. de evict. L. 21. in fin. L. 29. C. eod. L. 43. L. 45. ff. de act. emt. — Bey dem gerichtlichen Pfandrechte auch nicht einmal das Interesse: L. 74. §. 1. ff. de evict.

(24) *Mascard* de probation. Concl. 929.

War nun wirklich eine solche Stipulation zu Stande gekommen, et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus erat, victus emtori eam restituit, und hatte der Gläubiger z. B. fünf Jahre nach dem Empfange

pfange des Kaufpreises (denn nur von dieser Zeit an ist er Zinsen zu geben schuldig) die Dupla nebst den Zinsen (eam) (25) dem Käufer restituiren müssen: etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse; ut auferri non possit, palam factum est: in diesem Falle soll der Gläubiger auch die Zinsen der Zwischenzeit von dem Schuldner fordern können, weil er durch den richterlichen Spruch in die Nothwendigkeit versetzt worden ist, dem Käufer alles herauszugeben, was er in Rücksicht des Pfandes eingenommen hat. Der Gläubiger hatte zwar den Kaufpreis in der Zwischenzeit genutzt, allein da er, vermöge der Stipulation, verpflichtet war, dem Käufer die eingenommenen Zinsen zurückzugeben: so behielt er nichts von dem, was er gewonnen hatte, und mußte überdies noch die Hälfte des Dupli aus seinem eignen Vermögen herschießen. Er kann daher, ausser diesem Duplo, auch noch (etiam) die Zinsen, welche ihm der Schuldner von der Zeit des Verkaufs, bis zur Eviction hätte bezahlen müssen, einfordern: denn erst dadurch gelangt er zur gänzlichen Ersetzung seines Verlustes.

(25) Man kann hier entweder annehmen, daß der Jurist, bey dem Worte: *eam*, pecuniam, summam,

oder

oder quantitatem, welche Ausdrücke sonst gewöhnlich gesetzt zu werden pflegen, ausgelassen hat; oder daß er es auf die Dupla bezieht, und darunter die Zinsen als Accessorium mit begreift. Daß das Wort: restituere hiebey gar keine Schwierigkeiten macht, erhellet aus vielen Gesetzen, z. B. L. 35. ff. de V. S. restituere autem is intelligitur, qui simul et caussam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, et usucapionis caussam, et fructus. Ferner L. 22. L. 75. L. 246. §. 1. ibid. L. 17. §. 1. L. 20. de R. V. L. 38. §. 11. de usuris.

Daß das Gesetz, vermöge dieser Erklärung genau mit dem vorhergehenden zusammenhängt, ist eben so einleuchtend, als, daß die Entscheidung des Tryphonin auf den ausgemachtesten Rechtswahrheiten beruht. Das Pfandrecht ist eigentlich nichts weiter, als ein bedingtes Veräusserungsrecht (26), und alle Grundsätze welche von dem Bevollmächtigten, oder Geschäftsführer gelten, sind auch auf den veräussernden Gläubiger anwendbar. Er muß daher, sowohl als jene, die gehörige Aufmerksamkeit und Sorgfalt beobachten, und den, aus seiner Nachläßigkeit entstehenden Schaden entweder selbst tragen, oder dem Schuldner vergüten (27); allein dagegen

gegen ersetzt auch dieser im umgekehrten Falle alles, was dem Gläubiger bey sorgfältiger Verwaltung seines Geschäfts entgeht (28), ohne Rücksicht, ob er zur Zeit der Klage wirklichen Vortheil davon hat, oder nicht, sobald ihm nur die Handlungen des Gläubigers nützlich waren, oder werden konnten (29). Alle die Grundsätze passen genau auf den Fall, von welchem im Gesetze die Rede ist. Der Gläubiger hätte durch das Versprechen, zufolge dessen er das Duplum nebst den Zinsen der Zwischenzeit dem Käufer zu restituiren gezwungen war, des Schuldners Vortheil wirklich befördert, wenn die Eviction nicht wider Vermuthen erfolgt wäre. Daß dieß geschah, war nicht ihm, sondern vielmehr dem Schuldner beyzumessen, der sich um so weniger dem Schadenserfatz entziehen kann, da der ganze Verlust, welchen der Gläubiger leidet, ursprünglich aus Handlungen entstand, welche auf den Vortheil des Verpfänders abzielten, und nur zufällig ihres Endzwecks verfehlten.

(26) §. 1. I. quib. al. lic. vel non; L. 14. C. de distractione pign. (VIII. 28.) L. 1. 2. C. deb. vend. pign. impedire non posse (VIII. 29.)

(27) L. 9. 13. 21. C. mandat. (IV. 36.) L. 22. §. 1. ff. eod L. 6. §. 11. L. 21. §. 2. ff. de negot. gest. L. 20. C ibid. (III. 19.)

(28) L. 15. 20. 27. pr. ff. mand, §. 1. I. de obl. quae quasi ex c. nasc. L. 2. L. 19 §. 4. L. 45. pr. ff de negot. gestis. L. 18 C. ibid.

(29) Arg. L. 10. §. 1. ff de reg. gest. L. 8. pr. ff. de pignor. act.

Es stehen nun aber im vorliegenden Fall dem Gläubiger hauptsächlich zwey Klagen gegen den Schuldner zu, und zwar: 1) die Klage aus dem Rechte, zu dessen Sicherung das Pfand eingeräumet wurde: condictio certi ex mutuo; actio ex stipulatu; condictio ex litteris u. s. w. 2) die actio pignoratitia contraria.

Nämlich, die Personalforderungen des Gläubigers waren zwar durch den erhaltenen Kaufpreis befriedigt; allein nach der Zurückgabe desselben lebten alle Verbindlichkeiten des Schuldners wieder auf (30). Die Zurückgabe geschah auf eine rechtmäßige Weise, und konnte nicht von dem Schuldner angefochten werden. Der Gläubiger verlohr dadurch alles, was er eingenommen hatte. Da nun aber das, was restituirt werden muß, als nicht empfangen betrachtet wird (31): so wird der Schuldner durch

die

die Entwährung in eben den Stand zurückversetzt, in welchem er sich würde befunden haben, wenn er, ohne die Hauptschuld abzutragen, fünf Jahre hindurch die Zinsen zurückgehalten hätte 32). Die Hauptschuld hängt nicht von der Existenz des Pfandes ab, und wird nicht durch den Untergang, den Verlust oder Verkauf der Sache aufgehoben 33). Vermöge derselben, so wie sie hier vorausgesetzt wird, ist der Gläubiger berechtigt, sowohl Capital, als Zinsen vom Schuldner einzufordern, wogegen dieser nur in so weit eine Exception vorschützen kann, als der Gläubiger durch den Verkauf der verpfändeten Sache befriedigt worden ist 34). Durch die Bezahlung des Dupli nebst den Zinsen verliert aber der Gläubiger alles Erhaltene. Er kann sich daher nichts auf seine Forderung anrechnen lassen, und steht jetzt in Rücksicht seines Hauptrechts in eben dem Verhältniß zu dem Schuldner, als wenn dieser fünf Jahre die Zinsen zu bezahlen versäumet hätte.

30) L. 12. ff. de distr. pign.

31) L. 20. L. 46. L. 98. pr. et §. 1. ff. de solut. L. 71. de V. S. L. 51. de R. I. L. 8. C. de sentent. et interloc. (VII. 45.)

32) Daß Tryphonin ein debitum usurarium voraus-setzt, versteht sich wohl ohne meine Erinnerung.

33) §. ult. I. quib. mod. re contr. obl. L. 5. 6. 7. 8. 9. ff. de pign. act. L. 9. C. ibid. (IV. 24.) L. 25. C. de pignor. (VIII. 14.) *Erxleben* princ. de iur. pignor. et hypoth. §. 12. et 51. Westphals Pfandrecht §. 14.

34) L. 9. pr. et §. 1. ff. de distr. pign. L. 3. C. eod. Tit. (VIII. 28.) Westphal l. c. §. 213. *J. Voetius* comment. ad Pand. L. XIII. T. 7. §. 6.

Daß diese, aus der Hauptverbindlichkeit entstehende Klage nicht hinreichend sey, um ihn zur völligen Ersetzung seines Schadens zu verhelfen, ist von selbst einleuchtend. Denn vermöge derselben ist er nur berechtigt, das Capital nebst den rückständigen Zinsen vom Schuldner einzufordern, und allenfalls auch sein Interesse in Anschlag zu bringen 35). Da nun aber in diesem Fall unter dem Titel des Interesse die Hälfte des Dupli nicht gefordert werden kann, weil er nicht in Rücksicht der Verbindlichkeit, woraus er klagt, sondern in einer andern Qualität (als Pfandgläubiger) Schaden gelitten hat, und also jene Forderung in dieser Klage auf keine Weise rechtlich begründet werden kann; so erhält er durch dieselbe nichts weiter,

ter, als das Capital (das Simplum), nebst allen, für die Zwischenzeit zu erlegenden Zinsen.

35) L. 2 et 3. ff de reb. cred. L. 24. ff. de praescr. verb. L. 3. C. de usur. (IV. 32.) *Wehrn* l. c. §. 58.

Ob der Gläubiger durch die act. pign. contr. das ganze Duplum nebst den Zinsen, oder nur die Hälfte des Dupli, vom Schuldner einklagen könne, und ob Tryphonin diese Klage im Sinn habe, scheint auf den ersten Anblick zweifelhaft zu seyn. Um das Erste zu bejahen, müßte man annehmen, daß die Hauptschuld durch den erhaltenen Kaufpreis unwiederruflich getilgt sey, und daß die ganze Evictionsleistung des ehemaligen Gläubigers nur in Auslagen bestehe, welche dieser, als bevollmächtigter Verkäufer, einstweilen aus seinem eignen Vermögen für den Schuldner mache. Alsdann fiele die cond. certi ex mutuo ganz weg, oder, wie man auch annehmen könnte, wenigstens nach geschehener Leistung dessen, was durch die act. pign. contr. gefordert wird; und zwar könnten im letzten Fall nach dem heutigen Gerichtsgebrauch beyde Klagen cumulirt werden. Daß eine solche Voraussetzung allenfalls zuzu-

lassen sey, ist nicht zu leugnen 36). Denn der Verkäufer ist der beste Ausleger seines eignen Willens, und seine Absicht bey der Stipulation konnte eben so gut dahin gehen, in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten für den Schuldner einen Vorschuß zu machen, als, die erhaltene Hauptschuld wieder zurückzugeben. Auch ist kein Widerspruch darin, daß im zweyten Fall durch beyde Klagen, einzeln genommen, mehr, als die ganze Schuld beträgt, gefordert werden kann, da dies bey dem Concurse mehrer Klagen fast immer Statt findet. Allein es ist dennoch aus manchen Gründen zu behaupten, daß Tryphonin hier unter der Regreßklage nicht die actio pign. contrar., sondern die cond. certi ex mutuo verstanden habe. Denn er nimmt an, daß das Pretium restituirt sey. Eben dadurch lebt die ehemalige Hauptverbindlichkeit wieder auf. Das Recht zu klagen wird einer befriedigten Forderung gleich geachtet 37). Vermöge derselben kann der Gläubiger Capital und Zinsen fordern. Der eigentliche Schaden des Verkäufers, dessen Erstattung der Hauptzweck der act. pign. contraria ist 38), besteht daher nur darin, daß ihm, nebst dem Pfande, die

Hälfte des Dupli aus seinem eignen Vermögen entgeht. Da aber Tryphonin nur von dem Regreß in Rücksicht der Zinsen handelt, so konnte er zu diesem Behuf nur die cond. certi ex mutuo zulassen, welches um so mehr anzunehmen ist, da er in eben demselben L. 8. Disputationum, woraus das vorliegende Gesetz gezogen ist, in einem ähnlichen Falle dem Pfandgläubiger ausdrücklich jene Klage restituirt 39). Beyde Klagen also, die cond. certi ex mutuo, und die act. pignor. contrar., concurriren hier cumulative, und nur durch beyde zusammengenommen kann sich der Gläubiger gegen allen Schaden sichern. Durch jene fordert er das geliehene Capital nebst den fälligen Zinsen, durch diese die Hälfte des Dupli, als damnum emergens, und allenfalls auch die Einräumung eines neuen Pfandes, in wiefern die Hauptschuld nicht abgetragen wird. Er verliert daher in keiner Hinsicht etwas von seinem Vermögen, und alle nachtheiligen Folgen seiner Intercession fallen zuletzt allein auf den Verpfänder zurück.

36) Vergl. L. 22. §. ult. ff. de pign. act.

37) L. 15. de R. I. qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

 38)

38) Schmidts Lehrb. von den gerichtl. Kl. und Einr. §. 825. und 828. *Boehmer* doctr de Action. S. II. c. VIII. §. 36.

39) L. 12. ff. de distract. pign. et hyp. verbis: Quodsi non ita vendidit, ut certum sit, omnimodo pretium apud eum remansurum, verum obligatus est ad id restituendum: arbitror, interim quidem nihil a debitore peti posse; sed in suspenso haberi liberationem. Verum si, actione ex emto conventus, praestitisset creditor emtori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit, non esse liberatum. Adde L. 9. eod. Tit.

„Sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat.“ Dieser Schluß des Gesetzes beruht, wie leicht einzusehen, auf eben den Grundsätzen, auf welchen die beyden vorhergehenden Entscheidungen sich gründen. Denn wenn der Pfandgläubiger nach erfolgter Entwährung das bloße simplum zurückgegeben hat, so hat er schon durch die Benutzung des Kaufpreises die Zinsen der Zwischenzeit erhalten, und kann also, da er sich diese auf seine Forderung abrechnen muß 40), durch die exceptio doli mit seinem ungebührlichen Gesuch abgewiesen wer-

den

den 41). Er behält indeß immer das Recht, durch die cond. cert. ex mutuo auf die Bezahlung des Capitals, und durch die act. pignor. contrar. auf die Bestellung eines neuen Pfandes zu dringen, und beyde Klagen alternativ in einem Libell zu cumuliren 42).

40) L. 22. pr. et §. 1. L. 35. pr. ff. de pignor. act. L. 1. 2. 3. C. ibid. (IV. 24.) L. 21. §. 2. ff. de pignor.

41) L. 2. §. 3. 4. 5. L. 12. ff. de doli mal. et mel. except.

42) *Boehmer* l. c. §. 36. in fin. Schmidt l. c. §. 829.

Es sind also nach diesem allen drey Fälle, welche dem §. ult. L. 22. und der L. 23. entschieden werden: 1) wenn der Verkäufer das duplum; oder 2) das duplum nebst den Zinsen der Zwischenzeit; oder endlich 3) wenn er das bloße simplum nach eingetretener Entwährung restituirt hat. Die Entscheidung dieser verschiedenen Fälle beruht, nach der bisherigen Erörterung, auf Einem Princip, und beyde Gesetze stehen in dem genauesten Zusammenhange; während daß sich nach der gewöhnlichen Erklärung beyde schlechterdings widerstreiten, und die Meynung des

Tryphonin ihr zufolge nichts als Sonderbarkeiten enthalt, die nur dann als ius scriptum vom Richter angenommen und befolgt werden können, wenn alle andern Erklärungsarten als unzulänglich befunden sind. Ich glaube bisher gezeigt zu haben, daß es nicht schwer sey, dem Gesetz einen vernünftigen Sinn unterzulegen, welches um so mehr zu behaupten ist, da sich ausser jener Erklärung wirklich noch eine andere denken läßt, die vor jener vielleicht noch manche Vorzüge haben möchte.

Es ist bekannt, daß der Gläubiger dem Schuldner allen Gewinn, welchen er in Ansehung des Pfandes macht, entweder herausgeben, oder seine Forderungen nach Verhältniß des zurückbehaltenen Gewinnstes verringern muß 43). Das Darlehn ist seiner Natur nach unentgeltlich, und der Schuldner bezahlt dem Gläubiger nur dann Zinsen, wenn er sie ausdrücklich stipulirt hat. Selbst durch den Verzug wird er nicht dazu verpflichtet 44). Wir wollen jetzt voraussetzen, daß der Darleiher, nach beobachteten Formalien, das Pfand verkauft, und auf den Evictions-Fall dem Käufer das duplum verspricht. Nachdem er das Kaufgeld 15 bis 20 Jahre in

Hän-

Händen gehabt, und dadurch mehr, als die Hälfte des simpli gewonnen hat, erfolgt endlich die Eviction, und er leistet dem Käufer die Gewähr. Er hat in diesem Fall eigentlich gar keinen Schaden, sondern gewinnt vielmehr noch obendrein etwas, ausser, daß er das Pfand verloren hat, und daß ihm das Erhaltene genommen wird, wofür aber auch seine alten Ansprüche an den Schuldner wiederhergestellt sind. Er hält sich nun zwar an diesen, doch kann er natürlich auch von ihm nicht das ganze Capital einfordern, sondern nur so viel, als übrig bleibt, wenn das, was er über das simplum durch den Gebrauch des Kaufpreises gewonnen hat, davon abgezogen wird. Forderte er dennoch das ganze Capital, was ihm der Verpfänder wegen der Compensation wirklich nicht mehr schuldig ist: so würde er mit seinem ungebührlichen Gesuch abzuweisen seyn; nec enim amplius a debitore, quam debiti summam consequi poterit 45). Allein wir wollen einen andern Fall annehmen (Sed si stipulatio usurarum fuerat u. s. w.). Der Schuldner hat bey der Anleihe des Capitals sich durch eine Stipulation verbindlich gemacht, dem Gläubiger dasselbe zu verzinsen. Er ist säumig

in der Abtragung des Capitals, und der Gläubiger verkauft endlich das Pfand grade für die Summe, die er vom Schuldner zu fordern hat. Er muß, um die Sache so hoch auszubringen, die Zurückgabe des doppelten Kaufpreises als Gewährleistung versprechen. Nach 5 Jahren erfolgt wirklich die Eviction, und der Gläubiger wird vom Richter zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegen den Käufer gezwungen. Unter diesen Umständen frägt es sich, wie es nun mit der ehemaligen Hauptschuld des Verpfänders beschaffen sey? Im Allgemeinen ist zu antworten, daß er dem Gläubiger sowohl das Capital, als die Zinsen des fünfjährigen Zwischenraums geben muß, wofern dieser nicht schon einiges darauf erhalten hat. Daß die vom Kaufpreise in 5 Jahren gezogenen Zinsen nicht einmal hinreichen, die Hälfte des simpli, die der Verkäufer aus seinem eignen Vermögen herschießt, zu vergüten, ist unläugbar. Er hat daher zur Befriedigung seiner Hauptforderung noch nichts erhalten, und kann mit Recht durch die condictio certi ex mutuo nicht allein das geliehene Capital, sondern alle Zinsen, welche der Schuldner in der Zwischenzeit hätte erlegen müssen, zurückverlangen.

gen. — Hat er aber dem Käufer blos den einfachen Kaufpreis restituirt, so sind seine Ansprüche auf Zinsen ohne allen Grund, da es einerley ist, ob er diese vom Schuldner, oder durch die Benutzung des Kaufpreises erhält.

43) S. not. 40.

44) *Salmasius* de Usuris C. 1 et 5. *G. Noodt* de Usuris C. 6. *J. H. Boehmer* de fundam usur. pecun. mutuaticae (exerc. ad ff. T. IV.) §. 3. 10. 13. 14. L. 24. de praescr. verb. L 5. §. 2. ff. de solut. L. 7. C. de usur. (VI. 32.)

45) Man kann hier natürlich noch viele andere, und vielleicht noch passendere Beyspiele fingiren.

Der einzige Grund der Entscheidung des Tryphonin liegt in den Worten: *quia* nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est; d. h. die ganze Hauptschuld soll wiederhergestellt, und durch die cond. certi ex mutuo können sowohl Capital als Zinsen gefordert werden, wenn der Gläubiger bey der Verwaltung des Pfandes nichts gewonnen hat, und keine Compensation in Ansehung der Hauptschuld und der Zinsen Statt findet. Dieser Entscheidungsgrund steht mit ausdrücklichen Worten im Gesetz, und ich sehe nicht ein, wie Westphal und

Faber

Faber die Fälle, wenn die Zinsen des Kaufpreises das simplum übersteigen, darunter subsumiren wollen. Die Dunkelheit des Gesetzes liegt einzig in der Verbindung desselben mit dem vorhergehenden, die den Ausleger sehr leicht verleiten kann, gleiche Fälle, und gleiche Gesichtspuncte in beyden anzunehmen. Allein beyde sind sehr von einander verschieden, und haben im Grunde wenig Zusammeuhang. Ulpian spricht von der actione pignoratitia contraria, Tryphonin im Gegentheil von der Wiederherstellung der Hauptschuld, und der daraus entspringenden Klage: eine Erörterung, die allerdings sehr wichtig war, da der Gläubiger durch Bürgen, Hypotheken u. s. w. weit mehr Sicherheit für die eine, als für die andre Forderung haben konnte. Der act. pign. contr. erwähnt er durchaus gar, ungeachtet sie in den, in Untersuchung gezogenen Fällen mit der cond. certi ex mutuo concurrirt. Das quinqennium aber ist nichts weiter als Beyspiel eines Falles: Si nihil solutum est, ut auferri non possit. Bey der Stipulation des dupli mußte er sich eines solchen Beyspiels bedienen, weil es hier sehr gut eintreten kann, daß er durch die Benutzung des Kaufpreises nicht einmal seinen

nen Schaden ersetzt erhält; bey dem Versprechen der Zurückgabe des einfachen Kaufpreises war dieß nicht nöthig, weil der Gläubiger hier in jedem Fall Zinsen zu compensiren hat. Er setzt daher auch ganz unbedingt: sed si simplum praestitit; und dieß paßt ohne alle Ausnahme unter seine allgemeine Regel.

Schon die ganze Form des Gesetzes verräth es, daß Tryphonin keine Abweichung von dem gemeinen Rechte machen wollte. Er spricht wie von bekannten Dingen, und leitet die Entscheidung einzelner Fälle aus eben den Grundsätzen ab, von denen er, nach den angeführten Erklärungen, die willkührlichsten Ausnahmen machen würde. Seine Untersuchungen betreffen nicht Recht und Billigkeit überhaupt, sondern die Unterordnung denkbarer und gewöhnlicher Fälle unter bekannte Rechtsgrundsätze, die er so wenig, als irgend ein Römischer Jurist, nach Belieben verlassen konnte. Hätte Tribonian besser eingesehen, daß Bruchstücke gewöhnlich nur dem Sammler ganz verständlich sind, und könnten wir das Gesetz in seiner natürlichen Verbindung lesen, und mit den vorhergehenden Erörterungen vergleichen: so würden die Ausleger wahrschein-

lich

lich nie auf den Einfall gerathen seyn, dem Verfasser desselben Behauptungen anzudichten, die, wenn sie wirklich von ihm herrührten, seinem bekannten Scharfsinn in Wahrheit wenig Ehre machen würden.

Siebente Abhandlung.

Beweis, daß die responsa prudentum weder zu dem geschriebenen noch dem ungeschriebenen Recht gehören.

Die neueren Rechtsgelehrten nehmen die Ausdrücke: geschriebenes und ungeschriebenes Recht vorzugsweise stets im juristischen, nicht, wie Justinian, im grammatischen Sinn, und verstehen dann unter jenem das Recht, welches zunächst seine Gültigkeit durch den ausdrücklichen besonderen, unter diesem hingegen dasjenige, welches zunächst seine Gültigkeit durch den ausdrücklichen oder stillschweigenden allgemeinen, oder den besondern stillschweigenden Willen des Gesetzgebers erhalten hat. Zu jenem pflegt man die LL. centuriatas, die plebiscita, SCta und Constitu-

tutiones principum, zu diesem die edicta magistratuum, responsa prudentum, den Gerichtsgebrauch und das Gewohnheitsrecht zu zählen. Hofacker setzt zu den letzten, und wie mir scheint, mit Recht, noch diejenigen Bestimmungen hinzu, quae, wie er sich ausdrückt, iure gentium retinentur 1).

1) Diss. de iure consuetudinis secundum doctrinam iuris naturalis et Romani. Tubing. 1774. cap. II. §. 32. p. 39.

Zu dem geschriebenen Recht können die responsa prudentum auf keinen Fall gerechnet werden, selbst dann nicht, wenn es sich mit der gesetzgebenden Gewalt einiger Juristen so verhalten hätte, wie Justinian 2) und Theophilus 3) erzählen, eine Sage, deren Wahrheit aber mit Recht bezweifelt wird, da es höchst wahrscheinlich ist, daß Justinian allein aus einer falsch verstandenen Stelle des Pomponius 4) den Stoff seiner Erzählung hernahm 5). Denn auch in diesem Fall hätte die Gültigkeit der privilegiirten Gutachten keineswegs auf dem besondern ausdrücklichen Willen des Regenten beruht. Sie wären mithin bloß ein Theil des ungeschriebenen Rechts gewesen.

2) §. 8. J. de iur. nat. gent. et civ.

3) Theophil paraphr. ad. §. 8. cit.

4) L. 2. §. 47. de orig. iur.

5) Hugo Rechtsgesch. S. 106.

Wäre aber auch zu jedem einzelnen Gutachten der besondere ausdrückliche Wille des Regenten hinzugekommen: so würde demungeachtet keines derselben für einen Theil des geschriebenen Rechts ausgegeben werden können. Ich setze, ein Regent excerpirte aus Leysers Meditationen ein ganzes Gesetzbuch, ohne von dem Seinigen etwas hinzuzuthun. Offenbar würden durch diese Procedur die Excerpte eben so wenig zu irgend einem besondern Theil des Rechts, als die Schriften und Lehren, wodurch der Regent fähig gemacht wurde, als Gesetzgeber auftreten zu können. Es scheint mir daher auch durchaus unrichtig zu seyn, wenn Höpfner 6) meynt, man könne die responsa prudentum, wie Justinian, auch wohl als Theile des iuris scripti ansehn, nämlich von dem Augenblick der Bekanntmachung der Pandecten gerechnet. Die Quellen des Rechts d. h. die Materialien, aus denen die Gesetze gebildet wurden, und die Rechtsquellen sind wesentlich verschiedene Dinge. Aus den Schriften der

der Rechtsgelehrten entstand das Kaiserliche Gesetz, dem wir den Namen der Pandecten beylegen, wie aus dem Rath der Theodora, Tribonians und Andrer diese oder jene Verordnung Justinians. Kann man deswegen die Schriften der Rechtsgelehrten als Theile des geschriebenen Rechts d. h. als coordinirte Arten der Kaiserlichen Constitutionen aufführen: so sehe ich nicht ein, warum man den precibus Theodorae, dem consilio Triboniani u. s. w. nicht eben dieselbe Ehre eingeräumt hat. Justinian ist nicht der Urheber jener irrigen Vorstellungsart, da er die responsa prudentum aus ganz andern Gründen zu dem geschriebenen Recht im grammatischen Sinn rechnet 7).

6) Comment. §. 35. zweyte Anmerk. S. 51.

7) §. 8. J. de iur. nat. gent. et civ.

Allein dieß bey Seite gesetzt, — mit welchem Recht kommen denn die responsa prudentum unter die Rubrik des ungeschriebenen Rechts? Ungeschriebenes Recht soll doch nur seyn, was durch sich selbst als Gesetz gilt, sobald nur der allgemeine Wille des Regenten vorhanden ist? Was durch sich selbst, in Verbindung mit

dem letzten diese Kraft nicht hat, kann nie und unter keiner Bedingung ungeschriebenes Recht genannt werden. Wenn wir also die Gutachten der Rechtsgelehrten als Theile des ungeschriebenen Rechts ansehen wollen: so muß natürlich vor allen Dingen erwiesen werden, daß dieselben an sich gesetzliche Kraft hatten. Dieser Beweis läßt sich aber nicht führen. Die Meynungen der Rechtsgelehrten waren für sich nichts, als was der Name von ihnen aussagt. Hatten sie Einfluß auf die Constitutionen der Kaiser, wurden sie durch den Gerichtsgebrauch und das Gewohnheitsrecht bestätigt: gut! so hatten sie verbindliche Kraft, aber doch nur unter dem Namen einer Constitutio, consuetudo, res iudicata? An sich waren und blieben die vereinten Gutachten aller Rechtsgelehrten in Ansehung der gesetzlichen Kraft = 0. Man kann mithin wohl sagen, daß dieser oder jener Theil des iuris scripti oder non scripti sich nach den Vorschlägen der Rechtsgelehrten bildete; aber diese Vorschläge lassen sich nicht bloß deswegen zu einer besondern Art der Rechtsquellen machen, wenigstens dann nicht, wenn man den Begriff des ungeschriebenen Rechts nicht so sehr erweitert, daß auch die entferntesten

Ver-

Veranlassungen der Gesetze unter demselben als Arten begriffen werden können.

Achte Abhandlung.

Beytrag zur Erläuterung der L. 6. §. 5. P. mandati vel contra.

Daß ein Rath und eine Empfehlung in der Regel dem Rathgeber und dem Empfehlenden keine Verpflichtung auflegen, ist durch ausdrückliche Gesetze vorgeschrieben 1), und wird von den Rechtsgelehrten eben so allgemein behauptet, als der Satz, daß jene Regel eine Ausnahme leide, wenn der Rath in arglistiger Absicht gegeben sey 2). Ob aber, außer dieser, nicht noch andre, und welche Ausnahmen zuzulassen sind? dieß ist von jeher sehr bestritten gewesen, und man kann vier und mehr verschiedene Hauptmeynungen darüber zählen.

1) §. 6. J. L. 2. §. 6. in f. L. 12. §. 12. mandati. L. 2. de proxenet.

2) L. 8. de dolo malo. L. 47. de R. J.

Berger 3) sagt ganz allgemein: wenn ein Geschäft sich auf den Vortheil eines Dritten beziehe, so werde der Rathgeber als solcher nicht verpflichtet, es sey denn, daß er durch übermäßiges Anpreisen und Bereden (multis persuasionibus reluctantem urget) die Grenzen des eigentlichen Rathgebens überschritten, und dadurch Jemand wider dessen anfänglichen Willen zum Handeln gedrängt hätte 4).

3) Resolutt. LL. obstant. L. 17. Tit. 1. Quaest. 1.
4) Arg. L. 6. §. 5. mandat.

Cocceji 5) läßt mit andern aus dem Rath schon dann eine Verbindlichkeit entstehen, wenn derjenige, welchem der Rath ertheilt ist, ohne denselben nicht so würde gehandelt haben 6).

5) Jus controv. L. 17. T. 1. Qu. 8.
6) Arg. L. 6. §. 5. mand. L. 12. §. 13. eod.

Höpfner 7) gestattet nur dann einen Regreß gegen den Rathenden und Empfehlenden, wenn dieser sich zugleich verbindlich gemacht hat, für allen Schaden zu stehen 8).

7) Commentar über die Inst. §. 919.
8) Arg. L. 6. §. 5. mandat.

Noodt leugnet, außer der zuerst genannten, alle andere Ausnahmen 9).

9) Probabil. L. 4. cap. ult.

Vinnius 10) endlich macht einen Unterschied, ob Jemand bloß im allgemeinen dem andern gerathen hat, dieß oder jenes zu thun, z. B. seine Gelder auf Zinsen auszuleihen, oder ob er sich auf ein besonderes bestimmtes Geschäft bezog, z. B. ihm anrieth, dem A tausend Thaler zu leihen. Im ersten Fall könne er nicht in Anspruch genommen werden, wohl aber im letzten, aus dem Grunde, weil ohne den speciellen Rath die Handlung nicht erfolgt seyn würde.

10) Commentar. ad Institut. L. 3. T. 27. §. 6. n. 3. 4. 5.

Durch den letzten Zusatz — denn wenn man den Ausdruck: consilium speciale ohne denselben und ohne andre Zusätze verstehen will, so ist die Unrichtigkeit dieser Meynung wohl außer Zweifel 11) — geht Vinnius zu eben den Grundsätzen über, welche Cocceji annimmt. Wir werden es also nur mit der Prüfung der vier zuerst genannten Meynungen zu thun haben.

11) Müller ad Leyser. T. II. Fasc. 1. Obs. 378.

Ich halte keine derselben für die wahre, wenn man nur die L. 6. §. 5. mand., worauf sich alle Partheyen stützen, so erklärt, wie mir scheint, daß sie erklärt werden muß.

Ein Mandat bezweckt entweder bloß und allein den Vortheil des Mandatars, oder nicht. Aus dem ersten wird der Mandans nach den Grundsätzen der Römer nicht verpflichtet 12), und zwar, weil, wie Justinian sagt 13), ein solches Mandat, in Rücksicht der rechtlichen Folgen, als ein bloßer Rath zu betrachten sey. Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium. 14). Der Grund der Entscheidung ist hier deutlich genug angegeben. Wer einen Auftrag, welcher bloß seinen Vortheil bezweckt, in Ausübung bringt, giebt eben dadurch zu erkennen, daß er ihn für vortheilhaft hielt. Denn wenn dieß nicht war, so konnte er ja die Ausführung unterlassen, weil der Mandans, dessen Interesse dabey nicht ins Spiel kommt, ihn auf keine Weise belangen konnte 15). Jeder will,

wenn er vernünftig ist, aus eignem Antriebe seinen Vortheil befördern. Handelte er daher dem Mandat gemäß, so that er, was er schon ohnehin gethan haben würde; mithin kann der Mandans hier wegen mißlungener Absichten eben so wenig in Anspruch genommen werden, als wenn er nach vollbrachtem Geschäft den Auftrag gegeben hätte 16).

12) L. 2. pr. mandat.

13) §. 6. J. eod.

14) L. 2. §. ult. mandat.

15) L. 8. §. 6. mandat.

16) L. 12. §. 14. mandat.

Allein gesetzt, er würde ohne das Mandat die Handlung unterlassen haben? In diesem Fall kann und muß der Regreß gegen den Mandans gestattet werden. Denn a) machte er sich ja als Mandans wegen der nachtheiligen Folgen verantwortlich, und b) konnte es dem Mandatar nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er, sich auf das Versprechen eines andern verlassend, eine ihm gewagt scheinende Handlung unternahm. Der Mandans hatte seinen bedingten animus donandi zu erkennen gegeben, und von der Güte eines

Freundes Gebrauch zu machen, ist Niemand verwehrt. Die Entscheidung der L. 6. §. 4. mandati ist mithin vollkommen gerecht und billig; Si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit, aut si non esses facturus, nisi ego mandassem; et si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

Allein läßt sich dieses Gesetz auch auf den Rath und die Empfehlung anwenden, und unter welchen Bestimmungen? Die Frage scheint mir leicht beantwortet werden zu können, wenn man nur analogisch aus dem Gesetz schließen, nicht aber das, was bewiesen werden soll, unmittelbar darin entschieden finden will.

Es wird in demselben weder von einem Rath noch einer Empfehlung gehandelt, sondern von einem Mandat, aber einem solchen, welches, aus besondern Gründen, die rechtlichen Folgen eines Mandats nicht mit sich führt. In sofern wird es also dem Rath gleich geachtet, aber bey dem allen bleibt es dennoch im Wesentlichen, oder an sich, ein Mandat d. h. ein Auftrag, wegen dessen nachtheiliger Folgen sich der, welcher den=

denselben ertheilt, verantwortlich macht. Er wird freylich nicht verantwortlich, aber immer ist hier doch das unverbindliche Mandat von dem bloßen Rath unterschieden. Da nun ein Rath überhaupt nicht verpflichtet, so läßt sich aus der L. 6. §. 4. cit. mit vollkommener Sicherheit schließen, daß auch gegen den Rathenden der Regreß bloß deswegen, weil sich derselbe verantwortlich gemacht hat, nicht Statt findet. Denn die eben genannte Art des Mandats wird dem Rath gleichgestellt. Nun aber macht sich dabey der Mandans verantwortlich, und dennoch soll er nicht in Anspruch genommen werden können: mithin folgt von selbst, was in Ansehung des Raths überhaupt erwiesen werden soll.

Das mandatum in gratiam mandatarii macht den Mandans nur dann verbindlich, wenn der Mandatar, — und dieß muß natürlich erwiesen werden — durch den Auftrag zum Handeln veranlaßt und gebracht wurde. Dieß auf den Rath und die Empfehlung angewandt, so ist alles klar. Aus beyden entsteht im Allgemeinen für den Rathenden und Empfehlenden keine Verpflichtung zum Schadensersatz, selbst dann

nicht, wenn man sich dazu anheischig gemacht hat. Nur alsdann leidet der letzte Satz eine Ausnahme, wenn der Rath und die Empfehlung den Hauptbewegungsgrund zum Handeln gaben. Beydes muß also zusammentreffen, um den Regreß zu begründen, und der Rathgeber wird durch die Existenz Einer dieser Bedingungen niemals allein verpflichtet. Höpfner und Cocceji haben mithin beyde Recht und Unrecht: jenes, weil jeder Ein Erforderniß der aus dem Rath entstehenden Verbindlichkeit angiebt: dieses weil jeder Ein nothwendiges Requisit ausschließt. Was von Bergers Meynung zu halten sey, folgt aus dem vorhergehenden von selbst.

Noodt hat, wie man sieht, eine scharfe Grenzlinie gezogen, aber leider wieder mit Hülfe des kritischen Messers. Der Rath soll ihm nun einmal überhaupt keinen rechtlichen Grund zum Schadensersatz enthalten, und also muß Ulpian in L. 6. §. 3. 4. auf folgende Weise in integrum restituirt werden: si tibi mandavero, quod mea intererat, veluti ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas; erit mihi tecum mandati actio, (ut Celsus L. 7. Digest.

scri-

scribit) et ego sum tibi obligatus. Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: at si non esses facturus, nisi ego mandassem, (et) si mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Die letzten Worte von: at si legt er so aus: at si mandavi tibi neque mea gratia, *neque tua, sed aliena*, et ideo non fuisses facturus, nisi tibi mandassem, competituram tibi adversus me mandati actionem, arg. §. 9. J. h. t. Wo Emendationen so unnöthig und willkührlich sind, würde eine Widerlegung den Leser nicht unterrichten, sondern nur beleidigen 17).

17) *Voet* comm. ad P. L. 17. T. 1. n. 4. hat sich indeß dennoch dieser Arbeit unterzogen.

Neun-

Neunte Abhandlung.

Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze.

Proderit autem huius, quod nunc molior, consideratio ad demendum apud iuri deditos contemtum philosophiae, si videant, plurima sui iuris loca sine huius ductu inextricabilem labyrinthum fore.

Leibnitz quaest. philosoph. amoen. ex iure coll. in prooem.

Jede Philosophie, welche auf die Ueberzeugungen und Handlungen der Menschen zu wirken bestimmt ist, muß ihrer Natur nach sich gegen widerrechtliche Beschränkungen ihres Gebieths auflehnen; ihren Wirkungskreis und ihren Einfluß möglichst auszudehnen und zu erweitern trachten. Unbescheidenheit und Anmaßung in diesem Bestreben finden, würde eben soviel seyn, als überhaupt die Möglichkeit eines wahren und pra-

ctischen

ctischen philosophischen Systems leugnen. Denn wenn wir nicht ewig des Philosophirens wegen philosophiren, sondern durch ein erschöpfendes System unsern Ueberzeugungen Gewißheit, dem ganzen Inbegriff unsrer Vorstellungen Zusammenhang und Einheit geben sollen: warum denn nicht lieber das Ideal vollkommen zu erreichen suchen, als auf halbem Wege stehen bleiben?

Die kritische Philosophie zeichnet sich nicht sowohl durch dieses Bestreben nach einer allgemein eingreifenden Wirksamkeit, — denn wie thätig war nicht z. B. die Wolfische Schule — sondern vielmehr dadurch aus, daß die Anhänger dieser Philosophie, ohne das versprochene System des Erfinders derselben abzuwarten, vorläufig, nach ihren eignen Vorstellungsarten, in dem kurzen Zeitraum einiger Jahre das ganze Gebieth ihrer Wissenschaft bebauten, und, wie Garve sagt 1), die Form der kritischen Philosophie, wenn auch nicht immer ihren Geist, den deutschen Schriften jeder Art aufdrückten. Die Logik, die allgemeine practische Philosophie, die Moral, das Natur-Recht, kurz! alle Wissenschaften, welche man für eigentliche

Thei-

Theile des Systems ausgiebt, haben schon ihre Bearbeiter gefunden, und zwar in solcher Menge, daß ein Mann, dem die Philosophie nur Neben- oder Hülfswissenschaft ist, und welcher gern die classischen Schriftsteller aller Partheyen lesen möchte, kaum einen kleinen Theil der neuesten philosophischen Systeme zu umfassen vermag. — Dieser Eifer für die Vollendung des ganzen Gebäudes der Philosophie ist durch das Bestreben, von den erfundenen Lehren Anwendung zu machen, noch beynah übertroffen worden. Die positive Theologie und Jurisprudenz, die Mathematik, die Physik, die Chemie, die Pädagogik, die Staatswissenschaften, die Grammatik, die Katechetik — alles ist nach Kantischen Grundsätzen kritisirt, und durch kritische Principien begründet. Selbst über die Geschichte hat die Philosophie ihre Herrschaft ausgedehnt, und nicht bloß leitende, formale Principien für den Bearbeiter derselben aufzustellen gesucht; sondern es sich sogar angemaßt, zur Aufklärung des Geistes und der Gründe vergangener Begebenheiten Materialien liefern zu können.

1) Versuche über verschiedene Gegenstände der Moral u. s. w. 2ter Theil. S. 370.

Wenn

Wenn die kritische Philosophie so viele Gegner hat, deren Zahl immer mehr, wiewohl im Stillen, zu wachsen, als abzunehmen scheint; wenn überhaupt die Neigung zu philosophischen Untersuchungen immer mehr selbst unter den besseren Köpfen erkaltet: so liegt der Grund wahrscheinlich zum Theil in diesem vorschnellen Anwenden kaum entdeckter Grundsätze. Eine gesunde, reiche, vollendete Philosophie ist nicht das Werk einiger Jahre, die Erfindung derselben nicht das Werk mittelmäßiger gewöhnlicher Köpfe, wie sie jedes Jahr und jedes Zeitalter liefert. — In welchem Licht muß daher das kritische System den Gegnern und Nicht-Philosophen erscheinen, wenn dasselbe in allen seinen Theilen mit einer Geschäftigkeit bearbeitet wird, welche mehr einer handwerksmäßigen, speculierenden Indüstrie, als wahrem philosophischen Eifer zu gleichen scheint, zumal in einer Zeit, wo mühsam errungene Spitzfindigkeit, vornehme Schwärmerey, und trockne Geistesarmuth, so oft für durchdringenden Scharfsinn, genialische Erfindungskraft, und philosophischen System-Geist gelten müssen!

Schon oft genug ist dieser ärgerliche Zustand der kritischen Philosophie — wenn man uneigentlich alles mit diesem Namen belegen will, was von den Anhängern Kants gedacht und geschrieben wird — bemerklich gemacht, belacht und bespöttelt worden. Vortrefflich wäre es, wenn diese lachende und satyrische Laune benutzt würde, die Philosophen weiser, vorsichtiger, bescheidener zu machen; wenn die Ausbrüche derselben weniger einer tändelnden Schadenfreude, als dem schmerzlichen Unwillen des denkenden Kopfes glichen; wenn man nicht die Fehler des Gebrauchs künstlich zum Fehler der Sache zu machen bemüht wäre. Allein leider muß die Philosophie nur zu oft sich dessen beschuldigen lassen, was allein der Erfolg einer geist- und geschmacklosen Behandlung derselben ist. Weil hier oder dort eine Anwendung mißlungen, eine schaale Theorie aufgestellt ist: so reicht überhaupt die Philosophie nicht so weit. Weil bis jetzt kein Einverständniß auch unter den besseren Köpfen möglich zu machen war: so giebt es überhaupt keine Philosophie, als ein System objectiver Wahrheiten; wir haben nur Meynungen, Glauben, Ahndungen. So sucht jede Parthey zum Anti-

poden der andern zu werden, durch scharfe Contraste zu zeigen, daß ihr nichts mit ihrer Feindinn gemein sey; ohne zu bedenken, daß die Wahrheit auf gleiche Weise verletzt wird, sie mag zu sehr ausgedehnt oder beschränkt, durch nichtige Gründe erwiesen, oder ganz geleugnet und verworfen werden.

Der Versuch, die Geschichte durch Hülfe philosophischer Grundsätze aufzuklären, hat am wenigsten Beyfall gefunden. Die Theologen, die Rechtsgelehrten, die eigentlichen Historiker — alle haben sich fast einmüthig gegen die sogenannte philosophische Interpretation erklärt, und den Geschichtsforscher mit Montesquieux allein auf das Geschichtliche beschränkt. Unter den Rechtsgelehrten besonders scheint nur Eine, wenigstens eine, alle andere übertäubende Stimme über den Werth derselben zu seyn; und wenn nur noch einige Männer von Ansehn und philosophischem Geist sich gegen die bisherigen, und damit gegen alle künftigen Versuche dieser Art erklären: so wird wahrscheinlich der historische Geist auf lange Zeit im Besitz der Alleinherrschaft über den geschichtlichen Theil der Rechtswissenschaft gesichert seyn.

In dem Geist der juristischen Litteratur von dem Jahre 1796 werden verschiedene Versuche einer philosophischen Interpretation des positiven Rechts angeführt, aber von dem (allgemein bekannten und geachteten, wiewohl ungenannten) Verfasser dieser Schrift mißbilligt, und uneingeschränkt verworfen. „Mit den Buchstaben der Gesetze (heißt es dort S. 82.) kann man sich nicht begnügen. Wir müssen uns zu allgemeinen Grundsätzen erheben, aber nur zu solchen, welche aus den positiven Quellen sich abstrahiren lassen. Wir müssen uns einer Philosophie in die Arme werfen, aber nur einer historischen, das heißt, einer solchen, welche die Legislation bey ihren rechtlichen Bestimmungen vor Augen hatte, welche folglich auch aus den positiven Quellen entwickelt werden muß, und welche selbst ein Theil des Positiven ist. Wir sagen mit Montesquieux: das Geschichtliche kann nur aus der Geschichte erklärt werden. Die Consequenzen, welche sich hieraus ziehen lassen, setzen uns in Verlegenheit; das mag seyn; sie entbinden uns aber nicht von der Pflicht gegen die Wahrheit. Mögen wir das Mittelalter anklagen, welches uns theils mehrere, theils fremde

Legislationen auf den Hals gezogen hat, und mögen wir den Fehler desselben so lange büßen, bis wir ihn auf eben dem Wege, welchen der Preußische Staat mit so gutem Erfolge gegangen ist, wieder gut machen." Derselbe Ton herrscht überall in den Göttingischen gelehrten Anzeigen, in den Schriften des Herausgebers des Civilistischen Magazins, und hin und wieder in verschiedenen andern Zeitschriften.

Nicht um mich gegen den Verfasser des Geistes der juristischen Litteratur zu vertheidigen, weil die angeführte Stelle sich mit auf einige Ideen bezieht, welche ich irgendwo 2), wiewohl nur als Episode, über die philosophische Interpretation vorgetragen habe; sondern um eine Materie zur Sprache zu bringen, deren Wichtigkeit mir eine genaue und vollständige Erörterung zu erfordern scheint, unternehme ich es, die herrschende Meynung der historischen Juristen über die Nichtigkeit der philosophischen Interpretation einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen. Es ist jetzt eine Zeit, wo diese Untersuchung doppeltes Interesse hat; wo es den Vertheidigern einer philosophischen Auslegung der Gesetze doppelt am Herzen liegen muß, ihre Ueberzeugungen

gen fortzupflanzen und wirksam zu machen. Die Streitigkeiten der kritischen Philosophen unter sich, das betrübte Schweigen der Antikantianer, und der leidenschaftliche, oft cynische, Ton, welcher, verbunden mit allerley Verzerrungen und Künsteleyen, in so vielen gepriesenen philosophischen Arbeiten herrscht: diese und mehrere andere Umstände scheinen den positiven Rechtsgelehrten immer mehr eine gewisse tiefe Gleichgültigkeit gegen philosophische Untersuchungen einzuflößen, eine Indolenz, welche sich selbst auf den unwandelbaren Theil der Philosophie, die Logik, und den, freylich minder gewissen, aber dem Juristen völlig unentbehrlichen Theil derselben, das Naturrecht, erstreckt. Unmöglich kann man es ruhig dulden, daß diese Gleichgültigkeit herrschend werde. Die Philosophie muß dem Rechtsgelehrten theuer bleiben, wenn ihm die Cultur und Vollendung seiner Wissenschaft möglich seyn, wenn eine gewisse kraftlose Oberflächlichkeit, und Mangel an Schärfe und Penetration des Geistes sich nicht überall unter dem erborgten Gewande einer genievollen Leichtigkeit im Denken einschleichen, nicht allgemein für Geist, und Helle des Verstandes gehalten werden sollen. Welches Mittel könnte nun aber besser zu diesem Endzweck füh-

führen, als, wenn man dem Rechtsgelehrten durch unwiderlegliche Gründe darthut, daß ihm, als bloßen Ausleger der positiven Gesetze, die Philosophie unentbehrlich ist, und daß die positive Rechtswissenschaft nur dann in allen ihren Zweigen vollendet dargestellt werden kann, wenn der historische Geist sich brüderlich mit dem philosophischen Geiste zu diesem Endzweck verbindet?

2) In meiner Diss. de genuina iuris personarum et rerum indole, veroque huius divisionis pretio. Kil. 1796. p. 16 — 40. Ich erinnere hier nur, daß der Verfasser mir etwas unterlegt, was ich nie behauptet habe, wenn er S. 78. sagt: „nicht die Geschichte, sondern die Philosophie soll in der Jurisprudenz herrschen, darin stimmen die Herren (Herr Kretschmann, der Verfasser des Beytrags zur Bildung der positiven Rechtswissenschaft, und ich) überein." — Meine Meynung ging nur dahin, daß die Philosophie in allen denjenigen Fällen ein Hülfsmittel der Interpretation sey, wo das positiven Recht ein Resultat der practischen Vernunft ist, und daß es gut sey, mit sich selbst einig zu seyn, bevor man andrer Gedanken prüfe. — Der Verfasser, welcher sich vielleicht nur durch ein Versehen zu allgemein ausgedrückt hat, sagt daher auch auf der nächstfolgenden Seite, meine Grundsätze wären weit gemäßigter, wie die der übrigen; ich wolle nur, man solle die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung einer positiven Gesetzgebung hinzubringen u. s. w.

 Ich

Ich werde die vorliegende Frage zu entscheiden suchen, wie ich glaube daß dieselbe, wenn man überhaupt die Möglichkeit eines Systems der practischen Philosophie einräumet, aus der Natur der Sache entschieden werden muß, mithin raisonnire ich nirgend als Kantianer. Da gegenwärtig jeder für einen Kantianer gehalten wird, dem das Unglück begegnet ist, daß er es versäumet hat, sich ausdrücklich als Antikantianer bey dem Publico einzuführen: so mag mir diese Erklärung verziehen werden, zumal da ich mir in dem Geist der juristischen Litteratur unerwartet als Kantianer aufgestoßen bin 3). Ich würde mich glücklich schätzen, wenn ich verdiente, ein denkender Anhänger des großen Mannes zu heißen, welcher selbst seinen Gegnern ehrwürdig ist; — allein bis jetzt habe ich diese Ehre auch nicht auf die entfernteste Weise verdient, weil ich weder Kantianer (im edeln Sinn des Wortes) bin, noch seyn wollte; weil ich fest überzeugt war, und bin, daß ein junger Mann sich sorgfältig dagegen bewahren muß, vorschnell und unbedachtsam zu einer bestimmten philosophischen Parthey überzutreten; ein bestimmtes System anzunehmen, bevor er mit den klassischen Werken

der Philosophen aller Zeiten und aller Nationen vertraut geworden ist. Um die vorliegende Frage im allgemeinen gründlich zu erörtern, braucht man weder Kantianer noch Antikantianer zu seyn. Wäre dieß nicht meine Ueberzeuguung, so würde ich die Erörterung dieses Gegenstandes den Anhängern der verschiedenen Secten überlassen haben.

3) Der Verfasser, welchem ich übrigens meine Achtung nie versagen werde, wird es mir nicht verargen können, daß ich ihm hier widerspreche. „Wie weit aber die Herrschaft der Philosophie gehen solle, wird S. 78. gesagt; darin sind sie noch verschiedener Meynung; denn sie sind Kantianer. Der langmüthige Kant, welcher kein Kantianer ist, sieht es, und — läßt das Böse geschehen.“ Wo findet sich in meiner Schrift auch nur die geringste Spur von kantischen Grundsätzen? — Seitdem Kant geschrieben hat, haben auch die Antikantianer vieles gethan, woran vorhin Niemand dachte. Dadurch aber, daß man durch Kant zu diesem oder jenem veranlaßt ist, gehört man noch keineswegs zu den Kantianern.

Um den Streitpunkt gehörig festzusetzen, und mich gegen Mißdeutungen und Verdrehungen zu sichern, muß ich hier vorläufig bemerken, daß ich den Ausdruck: Interpretation oder Aus-

legung des positiven Rechts im eigentlichsten, strengsten Sinn verstehe; daß ich mir nichts weiter darunter denke, als das Auffinden der Gründe und Grundsätze, von welchen die Urheber des Rechts ausgingen, nicht von welchen sie hätten ausgehen können, oder sollen. Alles, was von den Theologen und Juristen gegen die Anhänger des Accommodations-Grundsatzes erinnert ist, trift mich daher so wenig, als es oft die Vertheidiger jenes Grundsatzes trift, wenn diese nicht eigentlich für Exegeten und Ausleger gehalten seyn, sondern nur die Vernunft unter dem erborgten äussern Schein des Positiven geltend machen wollen, mithin den gewöhnlichen Klagen über offenbare Verstöße gegen die Schriftgelahrtheit, gegen den Geist der Gesetze u. d. gl. durchaus gar keine schwache Seite darbieten. — Eben so wenig nenne ich denjenigen einen philosophischen Ausleger der Gesetze, dessen Resultate, wie z. B. in in dem Beytrage zur Bildung der positiven Rechtswissenschaft 4) der Fall ist, bloße Nominaldefinitionen sind, aus denen man nichts weiter lernt, als, was der Verfasser unter diesem oder jenem Ausdruck denkt, nicht was die, deren Begriffe kritisirt und getadelt werden, darunter

gedacht haben. Sollten hinfüro noch mehr Versuche von beyderley Art gemacht werden: so wünschte ich, daß man mir, und denen, welche mit mir übereinstimmen, einen abgesonderten Platz, und zwar dicht neben den rein historischen Juristen anwiese, weil ich, wie die letzten, das positive Recht durch die Geschichte, und ausserdem noch hin und wieder mit Hülfe der Philosophie im eigentlichen Verstande erklärt wissen will.

4) In dem zweyten Aufsatze über die Frage: ist possessio ein ius in re? S. 16, fgg.

Wenn man das Daseyn einer philosophischen Interpretation behauptet, und über das Wesen derselben Erörterungen anstellen will, ohne sich zugleich zu einem selbstgemachten oder angenommenen philosophischen System zu bekennen: so kann man natürlich nicht umhin, vor allen Dingen den Satz zu postuliren, daß es eine practische Vernunft, eine Stimme über Recht und Unrecht im Menschen giebt, deren Vorschriften im Wesentlichen stets dieselben wären, im Wesentlichen stets auf denselben Gründen beruhten; daß ferner diese Vorschriften zur wissenschaftlichen Einheit des Systems erhoben, aus höheren, dem gemeinen Verstande vielleicht immer klar, aber

niemals deutlich vorschwebenden Gründen abgeleitet werden können; und daß endlich unsre gemeinen Ueberzeugungen von Recht und Unrecht nur durch diese systematische Verbindung allein durchgängige Gewißheit, vollkommene Harmonie und Consequenz erhalten. Wir nehmen also an, daß ein vollendetes System des Naturrechts möglich und denkbar ist, und zwar ein solches System, aus welchem die äussere Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit jedes vorkommenden Falles entschieden werden kann und muß. Ob und in wiefern dieses System a priori oder a posteriori zu entwickeln ist, kann dahin gestellt bleiben, wenn man nur im Allgemeinen einräumt, daß die Vernunft jeden gegebenen Fall beurtheilen kann; und dieß muß nothwendig zugegeben werden, sobald man überhaupt einsieht und annimmt, daß nichts in der Welt indifferent ist, und daß in dem Menschen kein herrschendes Vermögen weder über, noch neben der practischen Vernunft existirt.

Ist nun eine positive Gesetzgebung nicht das Werk der Unvernunft, der Willkühr und des Eigennutzes, sondern der philosophirenden, oder auch nur der gemeinen, gesunden Vernunft: so ist durchaus nicht abzusehen, wie die Geschichte

allein

allein die Materialien zur Erklärung einer solchen Gesetzgebung liefern kann: wie man diese vollständig ohne ein, von den letzten Gründen bis zu den äussersten Grenzen philosophisch bearbeitetes System des Naturrechts begreifen, aus seinen ursprünglichen Quellen ableiten, und in den herrschenden Geist desselben eindringen will. Denn die positiven Gesetze sind bis jetzt nie etwas anders, als Resultate gewesen, wie das Geschichtliche überhaupt; und eben deswegen lassen sich nicht, wie Montesquieux will, Gesetze durch Gesetze, Geschichte durch Geschichte, oder beyde zugleich, einzig und allein aus und durch einander erklären.

Um daher der philosophischen Interpretation einen Wirkungskreis und thätige Anhänger zu verschaffen, bedarf es nur des Beweises, daß wir im Besitz einer Gesetzgebung sind, welche die Vernunft ganz oder zum Theil als die ihrige anerkennen kann. — Und für wen bedürfte es eines solchen Beweises, wenn man an das römische Recht — den wichtigsten Theil unsers geltenden Privat- und Regierungsrechts — denkt? Die äussere Beschaffenheit der Justinianischen Sammlungen ist ein Werk der Thorheit und Barbarey;

aber

aber nicht die Materie derselben, wie sie uns die Pandecten, die Institutionen und der Codex darbieten. Diese ist das Product eines langen, vielfältig geprüften Raisonnements; die Frucht der Erfahrungen und Meditationen der hellsten, durchdringendsten, gesündesten Köpfe; ein gereiftes Werk der Freyheit des Geistes, welches vielleicht weniger, als irgend eine andre Gesetzgebung durch die Spuren der Willkühr und Dummheit entstellt ist. Bekanntlich gab es vor Justinian, ausser den 12 Tafeln, wenn man diese rohen, unvollkommenen Bruchstücke eines Rechtssystems in Anschlag bringen will, keine durchgreifende, allgemeine, aus den Grundsätzen eines Kopfes, oder den gemeinschaftlichen Arbeiten einiger gleichzeitiger Männer hervorgehende Gesetzgebung. Selbst Justinian war mehr Sammler, als Gesetzgeber. Das ganze System bildete sich allmählig durch die Edicte der Prätoren, die Interpretationen der Rechtsgelehrten, und die kaiserlichen Verordnungen aus. Jene, die Edicte, konnten, nach der ganzen bürgerlichen Lage der Prätoren, wenn sie daurendes Recht enthielten, nur allein das Resultat der Meynungen eines gerechten und billig denkenden Mannes seyn; die

Rechts-

Rechtsgelehrten entschieden und urtheilten frey und unabhängig von äusserm Zwange, und die Kaiser machten es sich gewöhnlich zur Pflicht, die Grundsätze des gemeinen Rechts zu achten und aufrecht zu halten. Eine Abweichung von der Vernunft, wenigstens eine gänzliche Abweichung wäre unter diesen Umständen unnatürlich, fast unmöglich gewesen. Eben deswegen, weil dieß nicht geschah, hat denn auch das römische Recht selbst für die größten Köpfe, z. B. für Leibnitz*) von jeher ein hohes Interesse gehabt, und es ist unstreitig nicht übertrieben, wenn J. H. Boehmer — nach meiner Ueberzeugung einer der helldenkendsten, genievollesten Männer, deren Deutschland sich zu rühmen hat — irgendwo bemerkt, daß ein großer Theil der Grundsätze des Naturrechts aus den Entscheidungen der römischen Rechtsgelehrten geschöpft werden könne 4).

*) Epistol. ad H. E. Kestnerum Epist. 15. (Opp. ed. Dutens Vol. IV. Pars 3. p. 267 fg.). .. Dixi saepius, post scripta Geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis. — — — Nec uspiam iuris naturalis praeclare exculti uberiora

ra vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus, sive ex maiorum traditis, sive ob leges novas, ipsae consequentiae, ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio nec minore firmitate diducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo videtur.

4) Diss. de iure ex pacto tertii quaesito. cap. I. §. 1. (Exerc. ad P. V. II. p. 257). „Haec praecipua ICtorum Romanorum laus et gloria est, quod *rectam rationem*, seu *principia iuris naturae* solidissima in suis decisionibus nunquam, aut raro, dereliquerint. sed iurisprudentiam hoc lumine magnopere illustrarint. Id quod licet per universam iurisprudentiam sese diffundat, atque radios suos spargat; potissimum tamen in negotiis iuris gentium, quibus maxime vitae societas continetur, sese exserit, ut segetem amplissimam *iurisprudentiae naturaslis* inde colligere liceat."

Das römische Recht bedarf also, grade wegen seiner bewunderten Vorzüge, durchgängig einer philosophischen Interpretation, und es frägt sich nur noch, wie und unter welchen Bedingungen die letzte Statt finde? Die Untersuchung dieser Frage wird zugleich der beste Beweis von der Existenz und Nothwendigkeit der philosophischen Interpretation seyn.

Wenn

Wenn man nicht ein vollständig entwickeltes System des Naturrechts (des reinen sowohl, als des angewandten) zur Auslegung des römischen Rechts mitbringt: so ist es

1) durchaus unmöglich, theils den Gründen der Gesetze nachzuforschen, theils die Gründe derselben einzusehen, wenn diese nicht willkührlich sind, sondern reine Aussprüche der gesunden Vernunft enthalten, und der gemeine Verstand, wie hier beständig als Postulat vorausgesetzt wird, auf eben die Art, als die Philosophie, obgleich nur klar und undeutlich, oder dunkel und verworren, durch dieselben Gründe zu seinen Resultaten geleitet wird. Die Geschichte kann dann nur eigentlich negativ verfahren, zeigen, daß die Gründe des Gesetzes sich nicht historisch erweisen, etwa aus der Beschaffenheit der Sitten, der Staatsverfassung u. s. w. ableiten lassen, und aus diesen abgeleitet werden müssen. Hat die Geschichte diesen Beweis geführt, so ist freylich eben dadurch der philosophischen Interpretation vorgearbeitet, aber nur auf eben die Art, wie überhaupt ein negativer Beweis den positiven Beweis erleichtert. Die Geschichte zeigt, daß etwas nicht darum geschah;

die Philosophie geht weiter, und entwickelt, — freylich nur immer durch wahrscheinliche Beweise — aus welchen positiven Gründen das Factum zu erklären ist.

Ich setze, wir fänden in den römischen Gesetzen bey einzelnen Fällen die Gewissens- von den Zwangspflichten, das strenge von dem billigen Zwangsrecht unterschieden. Wir entdeckten ferner, daß keine deutlich gedachte scharfe Grenzlinie zwischen diesen verschiedenartigen Rechtstheilen gezogen, daß zwar das strenge Recht stets als solches anerkannt, der Billigkeit (dem äußern Recht, welches nur im Staatsverein möglich, und zum Zweck desselben nothwendig ist) nur als Ausnahme, und dem Gewissensrecht in der Regel niemals bürgerliche Wirksamkeit beygelegt, daß aber doch hin und wieder eine Gewissenspflicht zur Zwangspflicht erhoben, das strenge Recht zu sehr durch die Billigkeit beschränkt wäre. Soll der historische Jurist Rechenschaft von diesen Thatsachen geben, die Gründe derselben raisonnirend und zusammenhängend entwickeln: so wird er vergebens die Hülfsquellen der Geschichte durchsuchen; er wird als reiner Historiker nicht einmal im Stande seyn, auch nur Einen gewissen Schritt zu thun.

Denn

Denn was will er suchen? welches ist sein Gesichtspunkt? Er soll sagen: warum war dieses Schwanken, dieses Durcheinanderlaufen der Grenzen verschiedener Rechtstheile? Vor allen Dingen muß ihm also bekannt und ausgemacht seyn, daß es Zwangs- und Liebespflichten giebt; daß die Billigkeit von dem strengen Recht unterschieden werden muß, und daß zwischen allen diesen Theilen eine scharfe Grenzlinie läuft. Weiß er dieß nicht, so überlasse er es andern, Begebenheiten zu erklären, deren Gründe ihm unerreichbar sind, und einen Gesichtspunkt anzunehmen, zu welchem er sich nicht erheben kann.

Unleugbar ist hier der historisch-philosophische Jurist der einzige, welcher das aufgegebene Problem gehörig lösen, welcher überhaupt nur entdecken kann, daß hier für die Nachforschung ein Problem aufgestellt ist. Er ist im Besitz deutlicher, genau entwickelter Begriffe über den Unterschied zwischen Zwangs- und Gewissenspflichten, über das Wesen des strengen Rechts und der Billigkeit. Jetzt schlägt er sein Gesetzbuch auf, und findet Fälle nach denselben Grundsätzen entschieden, aber nirgend diese Grundsätze als solche auf-

gestellt, und auch die Entscheidungen nicht immer diesen Grundsätzen gemäß. Hier entdeckt er ein Problem. Er frägt die Geschichte um die Gründe desselben, allein diese schweigt, wie sie gewöhnlich zu schweigen pflegt, wenn von entfernten Ursachen einer äußern Begebenheit die Rede ist. Von der Geschichte verlassen kehrt er also wieder zu seiner Philosophie zurück. Ohne ein vollendetes philosophisches System der Gesetzgebung würden wir vielleicht nach unsern gemeinen Begriffen, nach unserm gesunden Verstande, eben so entschieden haben, wie die Römer; warum also nicht auch diese aus eben den Gründen erklären, aus welchen überhaupt die Aussprüche des gesunden Verstandes begreiflich werden? Der philosophische Ausleger wird folglich seine entwickelten Begriffe wieder zur Hand nehmen müssen. Er wird zeigen, daß die Entscheidungen der Römer im Ganzen vernünftig sind, auf diesen oder jenen unwandelbaren Gesetzen der menschlichen Vernunft beruhen. Er wird ferner die einzelnen Verirrungen bemerklich machen, und vielleicht aus seinen deutlich entwickelten Begriffen darthun können, daß hier oder dort die Grenzlinie nothwendig verrückt werden mußte, wenn man diese

oder

oder jene feine Bestimmung übersah; daß aus einem gewissen, den Menschen natürlichen Gesichtspunkt, keine durchgängige Einheit und Consequenz möglich ist. Es kann seyn, daß ihm auch die Geschichte Hülfsquellen der Auslegung darbietet; daß vielleicht ein übermäßiger Hang zur Billigkeit aus einem weibischen, verzärtelten, überspannten Volks-Character, despotischer Willkühr des Regenten, oder andern äußern Thatumständen am natürlichsten erklärt werden könnte. Allein solche Möglichkeiten beweisen nichts wider die philosophische Interpretation, sondern dienen nur als Beyspiel, daß die Philosophie und Geschichte Hand in Hand gehen können und müssen. Auf allen Fall aber würde der historische Jurist, selbst dann, wenn ihm in dem gegebenen Beyspiel alle Gründe zur Erklärung durch die Geschichte geliefert würden, als solcher niemals diese Gründe auffinden, wenn ihm nicht vorher durch die Philosophie das Problem, dessen Erklärung er versuchen soll, aufgestellt ist.

Ich bediene mich zur Erläuterung noch eines zweyten Beyspiels, jedoch abermals nur hypothetisch, damit man meine Grundsätze nicht et-

wa durch ein verstecktes quid pro quo, wie wohl zu geschehen pflegt, aus dem widerlege, was ich nur der Versinnlichung wegen anführe, und bloß in so fern anzuführen berechtigt bin.

In den ältern Zeiten war es herrschender Grundsatz bey den Römern: ein Dritter kann aus dem Vertrage eines Dritten keine Rechte erwerben; unter den Kaisern hingegen verlohr sich derselbe nach und nach beynahe ganz. Die republikanische Verfassung, und der steife, pedantische Character der Römer werden hier gewöhnlich zur Erklärung der ehemaligen Strenge benutzt; allein ich zweifle, ob diese Erklärungsgründe alle Data zur vollständigen Auflösung des Problems liefern. Die Römer hatten bey aller ihrer Steifigkeit und Härte doch immer eine seltene Stärke und Gesundheit des Geistes, und es ist kaum zu vermuthen, daß ein offenbar ungerechter Satz mehrere Jahrhunderte hindurch sich sollte in Ansehn erhalten haben. Gesetzt es ließe sich erweisen, daß an sich, nach den strengen Regeln des absoluten Natur-Rechts, aus dem Vertrage eines Dritten kein Zwangsrecht für einen Dritten abgeleitet werden kann; die Staatsgewalt

hingegen könne und müsse nach geschlossenem Staatsverein, die Verträge auch zum Vortheil eines Dritten für verbindlich erklären. Hier würde das Natur-Recht einen Gesichtspunkt bemerklich machen, welcher alles in einem andern Lichte erscheinen ließe, und von welchem erst dem Geschichtsforscher eine sichere Bahn für die weitere Erörterung der Aufgabe vorgezeichnet werden könnte. Jetzt würde ihm die Geschichte zeigen, daß überhaupt in entstehenden Staaten unmittelbar nur für die Ausbildung des Staats- und Regierungsrechts gesorgt wird; daß die Staatsgewalt erst nach und nach bey zunehmender Sicherheit von außen, bey wachsender Cultur, und vollendeter Ausbildung der Staatsverfassung das Privat-Recht ihrer Aufmerksamkeit zu würdigen, und dem Zweck des Staats anzupassen pflegt; und daß die Härte und Unbiegsamkeit des römischen Characters vielleicht manches dazu beytrug, diese Periode der Billigkeit später, als es sonst wohl geschah, herrschend werden zu lassen. Hier sind Gesichtspunkte, Ansichten, Probleme, welche der bloße Historiker schlechterdings nicht herbeyschaffen, nicht einmal ahnen kann, weil sie sämmtlich über der Geschichte sind.

In der That! es ist kaum zu begreifen, wie man im Ernst die Alleinherrschaft der Geschichte vertheidigen, die Philosophie mit kalter Gleichgültigkeit aus dem Gebiet der positiven Gesetze stoßen kann. Daß dem Eigenthümer seine Rechte gesichert, daß Verträge gehalten werden müssen; daß ein wesentlicher Irrthum, ein wesentlicher Betrug zweyseitige Geschäfte vernichtet; daß dem Beklagten der letzte Satz eingeräumet werden muß, — wie will man diese, und tausend andre Bestimmungen nur überhaupt aus der Geschichte, oder gar allein aus der Geschichte erklären; aus Documenten die Gründe für Begebenheiten ableiten, welche in der Geschichte nur für den Philosophen allein als aufzulösende Probleme aufgestellt, und nur allein durch die Kenntniß des menschlichen Gemüths überhaupt erklärbar sind?

Und was haben denn bis jetzt die reinen Historiker gethan, denen es Pflicht scheint die philosophische Interpretation im Aufkeimen ersticken zu müssen; oder vielmehr, wie verfuhren von jeher die größten Historiker bey der Bearbeitung der Geschichte, und seit wann ist diese lichtvoll, philosophisch, gewiß und pragmatisch geworden?

Seit-

Seitdem man angefangen hat, die menschlichen Kenntnisse in ihrem ganzen Umfange zur Aufklärung und Vollendung der Geschichte zu benutzen; seitdem man die Quellen der Geschichte zu beurtheilen, zu läutern, zu ergänzen versuchte. Wem haben wir mehr Aufklärungen über die Sitten der alten Deutschen, und die Ursachen derselben, zu verdanken: Tacitus, oder den scharfsinnigen Beobachtungen und Raisonnements neuerer Reisebeschreiber? Wie unendlich hat nicht die Bearbeitung der Geschichte gewonnen, seitdem wir unsre Verfassung, den Gang unsrer Cultur, unsere Sitten und Gebräuche, uns selbst von allen Seiten beobachteten, und so versuchten, die Bruchstücke der Geschichte an einander zu reihen, Lücken auszufüllen, aus überlieferten Begebenheiten auf unbekannte Thatsachen zu schließen. — Ich fordre jeden auf, welcher nicht Psycholog, nicht tiefer, hellsehender Menschenkenner ist, sich an historische Charakter-Schilderungen zu wagen: wie todt, wie geist- und seelenlos, wie von aller Einheit und allem Zusammenhange entblößt wird das Gemählde unter seiner Hand ausgehen, so roh, ungestaltet und verstümmelt, wie jede Geschichte der Philosophie ausfallen wird, welche

von der Feder eines Nicht-Philosophen bearbeitet ist.

Der große, umfassende Historiker wird stets Philosoph, Welt- und Menschenkenner seyn und seyn müssen. Wer eingeschränkte Kenntnisse besitzt, kann nur eingeschränkte Gesichtspunkte wählen; nur groß in abgerissenen Theilen des Details seyn. Hume war Philosoph im eigentlichen Sinn (nicht bloßer Metaphysiker), und eben deswegen wird seine Geschichte stets die Bewunderung aller Zeiten und aller Nationen seyn; für ein classisches Werk gehalten werden, wenn andre, vielleicht mehr brillante, aber minder durchdringende und philosophische, Geschichtschreiber (z. B. Gibbon) längst vergessen sind. Wer übertraf Rousseau an tiefer Menschenkenntniß, und in wessen Schriften finden sich mehr glückliche Ansichten einzelner Begebenheiten; mehr eindringende Bemerkungen über den Charakter handelnder Personen; mehr Spuren eines lebendigen, fruchtbaren historischen Geistes? — Die Nachwelt, im Besitz einer gründlichen, gesunden, vollendeten Philosophie des Rechts, wird entscheiden, wem der Vorzug unter unsern Rechtsgelehrten gebührt, und wer mehr für die wahre Ausbildung des positi-

ven Rechts gethan hat, tiefer in den Geist desselben eingedrungen ist: ob die eleganten, oder die historisch-philosophischen Juristen, ein Mann wie Noodt, oder Männer wie Huber, J. H. Boehmer und andere. Vielleicht wird dann mancher Name aus der Vergessenheit hervorgerufen, dessen man sich jetzt kaum erinnern kann oder will, weil jeder nur das herauszuheben und zu rühmen pflegt, was unmittelbar zur Verherrlichung seiner eignen Ansichten dient.

Daß die philosophische Interpretation mißbraucht werden kann, daß sie mißbraucht ist, und noch ferner oft in ungeschickte Hände fallen wird, gebe ich zu. Allein was beweist dieß? Mißbrauch hebt den Gebrauch nicht auf, und jede gute Sache ist dem Mißbrauch unterworfen. Wenn doch nur die eleganten Juristen in ihren eignen Busen griffen. Ich will nur an Montesquieux erinnern, an ihn, dessen Fackel so manches kleine Licht angezündet hat, und an dessen Feuer sich noch jetzt so manches sich selbst erhebende Genie erwärmt. Wie viele gewagte, einseitige Behauptungen; wie viele brillante, aber leere Sätze; wie manche Erklärung historischer Phänomene,

deren Unrichtigkeit und Schiefheit sich mit Händen greifen läßt 5)! Welche Geistes-Armuth herrscht nicht in manchen andern historischen Versuchen; welches Bestreben, alle Probleme aus ein Paar bekannten Thatumständen zu erklären; unter willkührlichen Hypothesen einen gänzlichen Mangel an umfassenden Kenntnissen der Welt und des Menschen zu verbergen! Auch die Philosophen haben sich an der Rechtswissenschaft versündigt, wie die Historiker; allein wer wollte deswegen das Kind mit dem Bade verschütten? So ist es ganz ausgemacht, daß die Logik zur wissenschaftlichen Behandlung des positiven Rechts unentbehrlich ist, und doch weiß jeder, wie unendlich das Bestreben nach logischer Einheit der Rechtswissenschaft geschadet hat; wie leer und geistlos unter den Händen der Axiomatiker so mancher Rechtstheil geworden ist.

5) Ich berufe mich hier auf das, was Garve in der Abhandlung über das Nachdenken (vermischte Versuche 2ter Theil S. 406 folg.) so wahr, geistreich und scharfsinnig über den Character des Montesquieux gesagt hat.

Noch neulich haben wir ein Beyspiel dieser Art erlebt, welches hier deswegen gewissermaßen be-

bemerklich gemacht werden muß, weil es gerade von einem Vertheidiger der philosophischen Interpretation gegeben, und bloß deswegen schon in irgend einer Zeitschrift als Beweis gegen die letzte angeführt ist: ich meyne die Abhandlung des Herrn D. Zachariä über die Lehre des römischen Rechts von den dinglichen (Real- oder Prädial-) Servituten 6). Der Verfasser definirt die Real-Servitut: sie sey ein Recht, welches einem Grundstück an einem andern Grundstück zustehe. Dieser Begriff sey der Schule durch die Erfahrung überliefert, und aus demselben hätten die römischen Juristen die ganze Lehre von den Real-Servituten, welche er stets als ein Meisterstück der Legislation bewundert habe, analytisch abgeleitet. — Bey dieser Analyse verfolgt sie denn der Verfasser durch alle Theile der ganzen Lehre, und findet natürlich allenthalben Consequenz, Einheit und Zusammenhang.

6) In Hugo Civilist. Magazin. 2. B. 3. Hft. n. XV. S. 337.

Daß die römischen Juristen aus den Ausdrücken: servitutem praedio tuo concedo, und dergleichen Redensarten in Gemäßheit des Sprachgebrauchs gewisse Folgerungen ableiteten, ist na-

tür-

türlich, und muß zugegeben werden; aber eine ganze Lehre in ihren kleinsten Theilen, eine verwickelte, nach und nach erweiterte, verbesserte Lehre aus einem Begriff entwickeln, von welchem man nicht weiß, woher? wie? und warum? — welcher Gedanke! Wo ist jemals ein positives Recht, bey einer allmähligen Ausbildung, vom Allgemeinen zum Besondern heruntergestiegen? — Die einzelnen Sätze fließen freylich aus der Definition, aber ist dieß nicht bey jeder Definition der Fall, sie mag abstrahirt, oder die Theile mögen unter dieselbe subsumirt seyn?

Ich habe schon in der ersten Abhandlung gezeigt, wie die Römer aus dem Sprachgebrauch raisonnirten, aber diesen sehr bald verließen, weil thörichte Rechtsgrundsätze aus übertriebener Anhänglichkeit an denselben entstanden seyn würden. Eine Servitut zum Vortheil einer Person konnte dem Wortverstande nach nicht als Real-Servitut bestehen; aber auch nicht als Rechtsverhältniß überhaupt, seitdem man sich gewöhnt hatte, alle Arten der Dienstbarkeiten auf die beyden Gattungen der Real- und Personal-Dienstbarkeiten zurückzuführen? Die Entscheidung war ver-

verneinend, und man erweiterte den Begriff der Real-Servitut der Gerechtigkeit wegen.

Der Grundsatz: servitus in faciendo consistere nequit, giebt ebenfalls den einleuchtendsten Beweis, daß die Lehre von den Servituten nicht aus jenem (todten und geistlosen) Grundsatz entwickelt ist. Warum hielten es die Römer für unmöglich, alle Besitzer der Sache in dieser Eigenschaft zu verpflichten? Ist die Antwort: quia praedium servit praedio: so ist dadurch im Grunde nichts gesagt, weil man den Römern durchaus nicht ohne Beweis zur Last legen darf, daß sie aus einem Grundsatz Folgerungen über die Sphäre desselben zogen. Nachdem sich das ganze Rechts-System ausgebildet hat: so ist eigentlich die Frage nicht: warum kann eine Servitut nicht so constituirt werden, sondern: warum ist überhaupt ein solches Rechtsverhältniß, es sey unter welchem Namen es wolle (denn das sagt der römische Grundsatz) unzulässig? Die verneinende Beantwortung dieser Frage fließt doch wohl eben so wenig aus dem Begriff der Servitut, als sich aus dem Begriff des Kaufs herleiten läßt, daß man keine Sache pachten, miethen, oder durch Tausch veräußern könne? —

Keh

Kehren wir die Ordnung um, so ist der Knoten ohne Schwierigkeit gelöst. Die Römer hielten aus diesen Gründen die caussa perpetua, aus diesen das Zusammenliegen des dienenden und herrschenden Guts, aus jenen die allgemeine Nutzbarkeit, bloß negative Handlungen für nothwendig: also kann man (wenn man Vergnügen daran findet) die Servituten definiren u. s. w. — Nur durch eine solche historische, vielleicht hin und wieder mit philosophischen Erklärungsgründen verbundene, Entwickelung läßt sich Geist und Leben in das positive Recht bringen, da hingegen, wenn wir aus (oft nichts sagenden, nichts erklärenden, leeren) Abstractionen analysiren, das Ganze im höchsten Grade seelenlos und unbegreiflich wird.

Die Philosophie ist ihres eignen Vortheils wegen verpflichtet, sich gegen solche Mißbräuche aufzulehnen, zu verhindern, daß nicht die bloß historischen Juristen dem philophischen Bearbeiter des Rechts aus guten Gründen allen Einfluß zu rauben gedrungen werden. Das positive Recht ist lange genug durch widernatürliches Zusammenpressen unter eine seynsollende philosophische

sche Form gemißhandelt. Sollte denn nicht endlich die Logik auch den Juristen allgemein begreiflich machen können, daß ein bloß abstrahirter Gattungsbegriff aufs höchste nur dazu dient, verschiedenartigen Materialien eine gewisse formale Einheit zu geben, die untergeordneten Theile zusammenzuhalten; und daß wir uns in einem ewigen Zirkel umhertreiben, wenn wir aus abstrahirten Grundsätzen besondere Bestimmungen herleiten, und, um die Gründe der Grundsätze einzusehen, wiederum unsre Zuflucht zu den Gründen der abgeleiteten Theile nehmen! Sind die Axiomatiker consequent, so werden sie freylich jenen Zirkel vermeiden; aber eben diese Consequenz ist dem Geist des Rechts unendlich nachtheiliger, als die Inconsequenz, welche aus dem Uebergewicht des gesunden Verstandes über falsche philosophische Grundsätze entspringt.

Der eben angeführte Versuch (dem man, bey allen Unrichtigkeiten dennoch das Verdienst des Scharfsinnes keineswegs absprechen kann) ist als warnendes Beyspiel für den philosophischen Ausleger von nicht geringer Wichtigkeit, indem er Gelegenheit dadurch erhält, sich den Satz zu

ver-

versinnlichen, daß ein abstrahirter Grundsatz nicht stets derselbe ist, aus welchem die Urheber des Rechts ihre Bestimmungen unmittelbar ableiteten. Wahrscheinlich wird die philosophische Interpretation noch oft durch die Vernachlässigung dieses Grundsatzes in Gefahr gerathen, sich der Satyre der Historiker auszusetzen; aber eben so wahrscheinlich werden auch die Historiker den philosophischen Ausleger noch ferner oft aus Unverstand bemitleiden; ihn beschuldigen, dem Gesetzgeber Grundsätze untergelegt zu haben, wo wirklich der Gesetzgeber diesen Grundsätzen, wenn auch ohne deutliches Bewußtseyn, folgte. Es giebt gewisse Dinge, die der gemeine Verstand nie einsehen, nie zugeben wird, weil sie außer seinem Horizont liegen. Demonstrirt ihm die Natur des Sehens; die mannigfaltigen Operationen seines Geistes bey der Vorstellung eines entfernten Gegenstandes; warum ihm der aufgehende Mond größer erscheint: er wird zuhören, lächeln, nicht glauben, und sich an sein klares Gefühl halten. Beobachtet die gesunde Vernunft bey ihren Aussprüchen über Recht und Unrecht; sucht die klaren, undeutlichen Vorstellungen und Schlüsse, denen der gemeine Verstand bey seinen rechtlichen

Meynungen folgt, aus dem Dunkel der Seele ans Licht zu ziehen, und erläutert dann als Philosophen eine positive Gesetzgebung: der gesunde Verstand des reinen Historikers, wenn ihr ihm nicht eine bescheidenmachende Selbstkenntniß einzuflößen wißt, wird sich überfliegen, das Unverstandene für falsch, die tiefsten Blicke für gesuchte Spitzfindigkeit erklären. Haben doch so viele Bewundrung erregende Wahrheiten dieses Schicksal gehabt: warum sollte der philosophische Jurist erschrecken und klagen, wenn ihm der ungläubige Historiker nicht in Regionen folgen will, welche allein dem geübten und geschärften Auge des Philosophen erreichbar sind!

So wie die Philosophie dazu dient, die Gründe der Gesetze aufzufinden: so kann und muß dieselbe

2) bey der ganz eignen Beschaffenheit unserer Gesetzbücher, besonders des römischen Rechts, sehr oft dazu angewandt werden, die Grundsätze, denen gegebene Bestimmungen unterzuordnen sind, auszumitteln.

Bleiben wir nur bey den Pandecten! — Bekanntlich sind diese aus wissenschaftlichen Werken der römischen Juristen zusammen getragen;

 größ-

größtentheils aus Werken, in denen die Regeln, welche jedem sein natürliches Gefühl gegenwärtig, die tägliche Erfahrung geläufig erhielt, durch entschiedene Fälle, ersonnene Beyspiele und dergleichen erläutert wurden. Oft haben wir nur zwey, drey Entscheidungen nach einer Regel, wo unter diese noch hundert andre Fälle gehören. Angenommen nun, die Regel ist uns nicht gegeben, wie dann? — Der Historiker antwortet: ihr müßt die Regel aus den Entscheidungeu abstrahiren. — Allerdings, wenn es geht; aber wie, wenn die Abstraction weder möglich ist, noch Gewißheit giebt? Abstrahiren wir aus wenig Fällen, so kann ja leicht der Begriff zu concret werden; drey Theile können ja dieß und jenes mit einander gemein haben, was sich von den drey andern unbekannten nicht prädiciren läßt. Abstrahirt ihr also, d. h. laßt ihr das fahren, was den drey bekannten Theilen nicht gemeinschaftlich ist: so erhaltet ihr ein genus; allein dieses genus paßt nicht unbedingt auf die unbekannten Theile, mithin sind diese ausgeschlossen, und der Begriff ist in bester Form Rechtens zu eng geworden. — Wie soll ferner abstrahirt werden, wenn nur Ein gegebener Fall entschieden ist? — In beyden Fällen

len ist also kein anderer Ausweg möglich, als, daß man einen Grundsatz als Hypothese aufstellt; und dann muß doch wohl demjenigen Grundsatz der Vorzug eingeräumt werden, welcher, wenn sonst nichts im Wege steht, bey gleichen Möglichkeiten der vernünftigste ist. Wer soll nun entscheiden, was vernünftig ist, Livius, Tacitus und Procop, oder die Vernunft selbst?

Ein Beyspiel mag die Sache erläutern. — Die älteren Juristen pflegten gemeiniglich den Satz aufzustellen, daß die Auslegung eines zweydeutigen Vertrags in der Regel gegen den Verkäufer, den Vermiether und den Stipulator zu machen sey. Für diese Meynung sind offenbar viele Gesetze, in denen es heißt: ambiguitas contra stipulatorem est 7); pactio obscura vel ambigua venditori et qui locavit nocet 8), u. s. w. 9). Allein diese Regel ist sinnlos, unbegreiflich, und scheint zudem andern Gesetzen schlechthin zu widersprechen, in denen es z. B. heißt: si in emtione fundi dictum sit: accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, quum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilomi-

nus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, *quem venditor intellexerit* 10); ferner: *fere* secundum promissorem interpretamur 11) u. s. w. Jetzt versuche man zu abstrahiren. Das Resultat wird seyn: die Auslegung ist in der Regel gegen den Verkäufer, den Vermiether, den stipulator; ausgenommen den in L. 34. cit. benannten Fall. Nicht um ein Haar weiter kommt der Historiker mit seiner Logik, also nicht einmal so weit, eine Regel zu finden, nach welcher der Tausch, die Gesellschaft und andre Geschäfte beurtheilt werden. Dagegen wird sich nun natürlich der gemeine Verstand empören, zumal da es ganz unwidersprechlich vor Augen liegt, daß die Gesetze zehn von tausend Fällen entscheiden, welche sämmtlich unter einen und denselben Grundsatz gehören. Da nun dieser Grundsatz schlechterdings nicht durch Abstraction gefunden werden kann, wenn man in der Logik nicht originell seyn will: so muß er durch eine Hypothese herbeygeschaft werden; und dann hat doch wohl der Philosoph, welcher über die Natur der Sache nachdachte, vor allen Dingen eine entscheidende Stimme? Denn da Wahrheit und Vernunft stets zu präsumiren sind: so

kann

kann der Philosoph in solchen Fällen nie über oder neben sich einen Richter anerkennen.

7) L. 38. §. 18. de V. O.

8) L. 39. de pact.

9) L. 172. de R. J. L. 21. de contr. E. V. L. 33. eod. L. 28. de reb. dub. L. 99. de V. O.

10) L. 34. pr. de contr. E. V.

11) L. 99. de V. O.

Der gewöhnliche Einwurf, dessen man sich in Fällen dieser Art zu bedienen pflegt, um die Entbehrlichkeit der Philosophie darzuthun, ist: daß der gesunde Verstand den historischen Juristen eben so sicher auf den zu findenden Grundsatz leite, vielleicht noch sichrer, als es das leidige Naturrecht zu thun vermöge. Der gesunde Verstand inferire nie etwas in das positive Recht; der Philosoph hingegen sey stets in Gefahr, dem Gesetzgeber seine individuellen Ansichten und Künsteleyen unterzuschieben.

Es ist eine menschliche Schwäche des gesunden Verstandes, daß er etwas viel auf sich zu halten pflegt, und mit einer gewissen bescheiden scheinenden Selbstgenügsamkeit überall generalisirt. Entfährt einem Helden des gesunden Ver-

standes eine Unrichtigkeit, ein natürlicher und leicht zu begreifender Satz, welcher aber nach und nach durch seine eignen Resultate zerstört wird; in ein System von Begriffen eine Menge von Inconsequenzen und Widersprüche bringt: so wird es nicht so genau genommen, weil es nun einmal mit dem menschlichen Wissen nicht anders ist; oder man macht den ungesunden Verstand zum Vater, und entäussert sich der untergeschobenen Kinder. Haben die Philosophen falsche Theorieen gehabt, sich bis jetzt nicht einmal über den ersten Grundsatz des Naturrechts vereinigen können: so giebt es gar kein Naturrecht; die philosophische Gewißheit und vollendete Systeme sind Chimären.

Bey solchen Argumenten verschwendet die Demonstration vergeblich ihre Kraft. Will man ohne Mittelsatz schließen, — freylich, dann lege jeder die Hände in den Schooß: die künftige Existenz des Naturrechts ist sonnenklar eine leere Träumerey. Allein bis dahin sind wir noch nicht gekommen. Die Möglichkeit des Naturrechts bleibt, bey allen bisher mißrathenen (aber auch vielleicht schon gelungenen) Versuchen, doch immer noch denkbar, vielleicht für viele wahrscheinlich, wel-

che nicht aus eigner Kraftlosigkeit schließen; ihr Unvermögen nicht zur Eigenschaft des Zeitalters und aller künftigen Generationen machen. Auf allen Fall ist wenigstens noch für uns das Naturrecht ein nicht unerreichbares Ideal, und wenn dieß, wie man wohl bey einer reiflichen Ueberlegung zu thun gezwungen ist, eingestanden wird: so folgt der Vorzug und die Wichtigkeit der philosophischen Interpretation von selbst.

Der gesunde Verstand ist unschätzbar für das gemeine Leben; aber er übersliegt sich, wenn er seine Schwäche verkennt. Sobald er raisonniren, verborgene Gründe aufsuchen, Einheit und systematische Verbindung schaffen will, schwankt und strauchelt er auf jedem Schritt, wird sehr leicht oberflächlich, einseitig, sinnlos. Er weiß sich nirgend zu orientiren, wo die philosophirende Vernunft mit Gewandtheit und Leichtigkeit den graden Weg auffindet und verfolgt, und seine Ueberzeugungen verfliegen oft, wie der Nebel vor der Sonne, wenn er seinen Blick scharf auf dieselben heftet. Das System soll also dem gesunden Verstand zur Stütze dienen; darüber wachen, daß die Aussprüche desselben nicht durch Leidenschaften, Gewohnheiten, Unwissenheit verfälscht

werden; es soll die Lücken ergänzen, welche der gemeine Verstand selten wahrnimmt, und niemals ausfüllen kann. Auch bey einer gesitteten, gesunden Nation wird also das System, vorzüglich bey der Meditation, stets seine Vorzüge vor den Aussprüchen des gemeinen Verstandes haben, und diesem unentbehrlich seyn. Und wie sollten wir desselben entbehren können, in einer Zeit, wo unsre Ansichten, unsre Ueberzeugungen sich so bunt durchkreuzen; wo Egoismus und Eitelkeit mit einander wetteifern, jeden Einzelnen durch eine gewisse Individualität bemerklich zu machen; wo ein Krieg aller gegen alle beynah unvermeidlich ist, wenn nicht ein Philosoph so glücklich seyn sollte, alle aus den Ueberzeugungen aller zu belehren, und die Zügellosigkeit des jetzigen gemeinen Verstandes der Gelehrten durch die Wahrheiten eines evidenten Systems in Schranken zu halten?

Der gemeine Verstand bedarf des Systems, damit er nicht strauchle und falle; aber oft auch muß das System allein für sich urtheilen und entscheiden. Der gemeine Verstand faßt das leicht begreifliche; er urtheilt, wenn es für die tägliche Erfahrung nothwendig ist. Allein verfolgt eine positive Gesetzgebung in ihre feineren

Be-

Bestimmungen; betrachtet ganze Lehren in ihrem Zusammenhange; versucht es umfassende Gesichtspunkte zu wählen, feine Beobachtungen über das Detail zu sammeln: euer gesunder Verstand wird sich in fruchtlosen Anstrengungen erschöpfen, muthlos die Flügel sinken lassen, und euch, (wie die Glossatoren und viele der älteren Juristen) statt eines aufgelösten Problems, todte Worte und nachgebetete Formeln wiedergeben. Daß man uns doch stets durch das was war, aber nicht immer so bleiben darf, und wird, widerlegen will! Wie weit haben denn bisher die Aussprüche des gesunden Verstandes das positive Recht erläutert, und wann? Mehrentheils in gemeinen, alltäglichen Fällen. Das feinere Detail des Rechts ist im Ganzen noch gar nicht vernünftig betrachtet. Also: weil der gesunde Verstand vielleicht in seinem Gebieth nützlich war, so existirt außer dem letzten kein anderes; so soll lieber eine unendliche Menge von Bestimmungen nie ins Leben gerufen, oder einem ungeschickten Meister zur Bildung anvertrauet werden? Welche Anmaßung, und welche Logik!

Der historische Jurist versucht es vergebens, mit seinem gesunden Verstande den Philosophen zu blenden, und in Schreck zu setzen. Dieser wird sich nicht aus seinem Gebieth vertreiben lassen, und sich leicht eines Kämpfers erwehren, in welchem Kraft und Wille in so ungleichem Verhältniß stehen. Indeß wird er nie die Stärke seines Gegners verkennen, und eben deswegen stets geneigt seyn, sich mit demselben zur Erreichung des gemeinschaftlichen Endzwecks zu verbinden.

In wiefern die Philosophie die Gründe der Gesetze, und die Grundsätze, denen einzelne Entscheidungen unterzuordnen sind, herbeyschafft; in sofern ist dieselbe ein unmittelbares Hülfsmittel der Interpretation. Allein sie kann auch

3) mittelbar oder entfernt die Auslegung der Gesetze erleichtern, und der historischen sowohl, als der unmittelbaren philosophischen Interpretation auf mannigfaltige Weise vorarbeiten. Hierüber einige ausführliche Bemerkungen.

Es ist bekannt, daß unsre mehrsten deutlichen Wahrnehmungen allein durch die Vorstellungen eines Contrastes, oder einer Aehnlichkeit zu unserm Bewußtseyn kommen; daß wir nur dann

einen Gegenstand recht scharf ins Auge fassen, wenn wir finden, daß er uns bekannten Gegenständen gleicht, oder mit denselben in Widerstreit steht. Man setze nur den Fall: Jemand will Beobachtungen über die Erziehung anstellen. Er hat nie bey sich über diesen Vorwurf nachgedacht, nie das System eines andern gründlich studiert. Jetzt geht er unter die Menschen, um ihre Handlungsweise, ihre Maßregeln zu beobachten. Natürlich wird er vieles entdecken, es wird ihm vieles auffallen, vieles Stoff zum Nachdenken geben. Allein sein Talent sey auch so groß, wie es will: es wird ihm unendlich mehr entgehen, als er aufgefaßt hat; und wenn er sich die Beobachtung gar nicht zum Zweck vorsetzte, so würde alles todt und ungesehen vor seinen Augen vorüberziehen. Jetzt gebt ihm den Emil, oder laßt ihn ein andres Werk über die Erziehung einstudieren, und sich durch eigenes, reifes Nachdenken zu eigen machen. Er trete dann mit seinem System wieder in die Welt zurück. Wie neu, bemerkungswerth, und reich an Stoff für die Beobachtung wird ihm jetzt jeder Gegenstand erscheinen! Was mit seinen Grundsätzen contrastirt, wird ihm klar und scharf in die Augen fallen; was mit den-

selben

selben übereinstimmt, durch ein seltenes Interesse seine ganze Aufmerksamkeit auf sich ziehen. Jetzt fehlt es ihm nicht an Gesichtspunkten, an Fächern; alles hat für ihn Sinn und Bedeutung; er weiß jeder Beobachtung Beziehung zu geben, jeden Thatumstand an ein Ganzes zu knüpfen; nichts ist für ihn unbedeutend, der Wahrnehmung und Prüfung unwürdig.

Man nehme einen andern Fall. Es setzt sich Jemand vor, Menschenkenntniß zu sammeln. Mit diesem Vorsatz trete er in die Welt: — was wird er sehen? Nichts als ein buntes Gemisch von Handlungen, welche nach Belieben so oder so ausgelegt werden können. Unzählige Eigenheiten der Menschen werden ihm ganz entgehen; viele wird er schief und oberflächlich beurtheilen. Will er sich nicht verwirren, so trete er bey Zeiten zurück; er beobachte sein eignes Herz, durchdenke die Bemerkungen anderer, und suche Vollständigkeit, Zusammenhang und Einheit in seine Begriffe zu bringen. Ist ihm dieser Versuch gelungen, auch nur zum Theil: so werden ihm gewissermaßen die Schuppen von den Augen fallen. Die Contraste und Aehnlichkeiten

dringen sich ihm jetzt fast wider Willen auf: jeder Thatumstand paßt für ihn in ein großes Ganze; nirgend schweift sein Blick geistlos über den Gegenständen weg. Er bemächtigt sich überall des Guten, weil er findet, und er findet überall, weil er zu suchen weiß.

Wer hat nicht Erfahrungen dieser Art gemacht, auch im Kleinen, unwillkührlich, schon als bloßer Gelehrter? Man schreibe nur z. B. eine Abhandlung über einen beliebigen Gegenstand, ohne auszuschreiben, nach eignen Ideen. Nach vollbrachter Arbeit lese man die Gedanken eines Andern über denselben Gegenstand. Wie wird hier alles Gute aufgefaßt, jeder noch so feine Irrthum bemerkt, das Ganze gleichsam in Saft und Blut verwandelt werden! Und doch wäre vieles unverstanden und unbemerkt liegen geblieben, ohne eignes vorhergegangenes Nachdenken. Aus diesem Grunde sind die Schriftsteller, besonders die Rechtsgelehrten, welche neue Theorien aufstellen, und ganze Lehren umschaffen, oft so glücklich (oder unglücklich) aus den Schriften ihrer Vorgänger manchen einzelnen, mit ihren Resultaten übereinstimmenden Satz anführen,

viel-

vielleicht ihre ganze Theorie durch mühsam zusammengelesene Auctoritäten unterstützen zu können. Und doch ist das Neue nicht alt, weil das Alte vor dem Neuen unbemerkt da lag, und erst durch das Neue Leben erhielt.

Der historische Jurist ist als Mensch an die Gesetze des menschlichen Geistes gebunden, und kann eben deswegen nicht verlangen, daß man von ihm übermenschliches Genie, übermenschliche Penetration, und einen übermenschlichen Beobachtungsgeist erwarte. Er wird vielmehr, als bescheidener Forscher, sich gern eben der Hülfsmittel und künstlichen Anstalten bedienen, wodurch der Mensch, wie er ist, allein der Wahrheit nahe kommen kann. Will er daher durch Contraste entdecken, durch Aehnlichkeiten wahrnehmen: so verschaffe er sich erst einen Maaßstab, an welchen das positive Recht gehalten werden kann. Ist dieß geschehen, alsdann mag er versuchen, über die auf diese Weise entdeckten Gegenstände historische Nachforschungen anzustellen.

Unsre gewöhnlichen Erfahrungen über die Interpretation geben uns zwar selten Belege zur

Ver-

Versinnlichung dieser Wahrheiten; allein die Schuld liegt daran, weil wir mehrentheils nur im Groben, um mich so auszudrücken, interpretiren, und selten mehr, als historische Aufschlüsse über alltägliche Grundsätze geben. Von dem Detail, dessen Geist niemals die Geschichte aufklären kann, ist uns vielleicht der größte Theil noch gar nicht aufgefallen, und zum deutlichen Bewußtseyn gekommen. Wir wissen nur, daß noch ein unentdecktes Land vorhanden ist. Wo es liegt? auf welchem Wege man dahin gelangen kann? hierüber müssen wir von der Zukunft den Aufschluß erwarten.

Und doch getraue ich mich, jedem, nur irgend in seinem Fach bewanderten Rechtsgelehrten, aus den täglichen Erfahrungen seines Lebens durch ein oder das andere Beyspiel meinen Satz zu erläutern. Man studiere z. B. den Proceß, ohne auf irgend eine Weise Practiker zu seyn. Nichts als todte Formeln, die schneller vergessen, als erlernt sind? Jetzt beobachte man den Gang nur von zwanzig, dreyßig Rechtsstreiten. Wie allmählig erhellet sich die finstre Masse; wie lebendig, inhaltsreich, und einleuchtend werden eine

Menge vorhin geistlos nachgebeteter Bestimmungen, wie viele Seiten springen hervor, welche man ehemals kaum dunkel und undeutlich bemerkte! Die eigne Erfahrung und das Nachdenken über dieselbe geben hier ganz unleugbar erst den Schlüssel zur vollständigen Interpretation einer positiven Gesetzgebung.

Die besten Beweise können indeß die Historiker aus der Geschichte selbst hernehmen. Man denke nur an die historischen Werke, welche seit dem amerikanischen Kriege, und besonders seit der französischen Revolution geschrieben sind. Wie viele Entdeckungen sind nicht seitdem über die Verfassung der griechischen Republiken und des römischen Staats gemacht, bloß und allein, weil man zu Hause über Staatsverfassungen raisonnirte, und nun auf einmal in der Fremde eine Menge übersehener Thatsachen entdeckte, welche sich an das durchdachte System anreihen ließen. Hören wir nicht jetzt hin und wieder Bedenklichkeiten darüber äußern, ob es gut sey, die Jugend auf Schulen den Cicero und Tacitus ohne Auswahl lesen zu lassen, da die Freyheitsgrundsätze leicht ansteckend werden könnten? Warum das? Weil

weil die Zeiten verändert sind. Ehemals, als der Mann, der Jüngling und der Knabe in einer friedlichen Betäubung fortlebten, übersetzte der Schüler eine Declamation über Tyranney sinnlos nach den Worten; jetzt hat ihm alles Bedeutung und Beziehung, weil seine hinzugebrachten, wenn auch überspannten Begriffe überall Licht und Leben verbreiten. Hätten die Franzosen nicht das Drückende ihrer Regierung empfunden: gewiß würden dann weder Cicero, noch Tacitus noch der contract social gewirkt haben, verdächtig geworden und verstanden seyn.

Die Ansichten des Jünglings und des selbstdenkenden Mannes bey dem Studio der philosophischen Schriften der Alten, könnten hier ebenfalls zum Beweise angeführt werden; — allein es mögen der Beyspiele genug seyn, wo man gleich auf den ersten Anblick oder niemals, die Wahrheit fassen und begreifen wird.

Noch zuletzt

4) einen andern mittelbaren Nutzen des Systems zum Behuf der Auslegung positiver Gesetze.

Der Rechtsgelehrte soll nicht bloß die positiven Gesetze für sich verstehen, sondern als Gelehr-

ter das Recht darstellen und zum Gegenstand des Unterrichts machen. Mit der logischen Einheit ist hiebey noch nicht alles geschehen, sondern er muß, wenn ich mich so ausdrücken darf, gewisse reale Gesichtspunkte wählen; eine gewisse raisonnirende Ansicht zu treffen wissen. Das römische Recht ist kein System, welches selbst einen solchen Gesichtspunkt angäbe; sondern ein Inbegriff von Vorschriften, geschickt, nach jedem vernünftigen Grundsatz pragmatisch geordnet zu werden. Unleugbar ist nun das Ideal einer vollkommenen Gesetzgebung der eigentliche Standpunkt, von welchem die Ansicht des positiven Rechts am glücklichsten und fruchtbarsten ist. Wir sagen: so soll eine Gesetzgebung im Ganzen und in allen ihren Theilen seyn; — nun entwickelte sich das römische Recht, verglichen mit diesem Ideal, so, oder so. Hier wich es ab, aus diesen Gründen; dort blieb eine Lücke, aus jenen Ursachen u. s. w. Auf diese Weise kommt eine Einheit für den raisonnirenden Verstand in das positive Recht; überall Haltung, Form und Zusammenhang. Der historische Jurist ist natürlich unvermögend, auf diese Weise Verstand in das Recht zu bringen, das Verstehen der Gesetze zu erleichtern,

tern, und dem Gedächtniß durch die Vernunft zu Hülfe zu kommen. Eben deswegen sind denn auch so viele, selbst der vorzüglichsten Werke, in dieser Hinsicht so unbehülflich und geistlos, daß unsre Nachkommen, wenn sie nur irgend das Ideal einer Philosophie der Gesetzgebung realisiren, vielleicht kaum werden begreifen können, wie wir von so mancher unphilosophischen Arbeit entzückt und hingerissen seyn konnten.

Außerdem ist ja der Rechtsgelehrte, wenn er nichts halb seyn will, nicht bloßer Ausleger des Gesetzes, nicht Lehrer und Praktiker allein: sondern er soll der gesetzgebenden Gewalt bey ihren Verrichtungen zur Hand gehen; einer künftigen allgemeinen Gesetzgebung vorarbeiten. Das positive Recht wird ihm hiebey vortreffliche Dienste leisten, weil die Erfahrung vieles lehrt, worauf das wissenschaftliche Raisonnement niemals, oder nur zufällig führen kann. Allein bey dem allen muß er dennoch ein philosophisches System der Gesetzgebung den historischen Nachforschungen beygesellen, weil diese ohne einen solchen Führer stets von dem Wege, welchen der Gesetzgeber verfolgt wissen will, unwillkührlich ab-

schweifen. Es soll z. B. historisch untersucht werden: welche Mißbräuche können sich durch Gewohnheit, durch Unverstand der Richter u. s. w. in das positive Recht einschleichen? Will der Historiker auch nur Einen Schritt zur Auflösung der Aufgabe thun: so muß er natürlich vor allen Dingen wissen, wie das positive Recht seyn sollte, damit er ausfindig mache, daß und warum es nicht so war. Wenn daher die reinen Historiker meynen, daß sie, und sie allein dem Gesetzgeber, wenn diesem übrigens ein System des Naturrechts beywohne, vorarbeiten können und müssen; so ist dieß wieder eine Einseitigkeit, welche sich deutlich genug auf dem leidigen Zirkel des Sehens durch eigene Augen gründet.

Allein wenn nun die Nothwendigkeit einer philosophischen Interpretation des positiven Rechts ausser Zweifel ist: sollen wir dann, wie bisher geschehen ist, nichts eiliger zu thun haben, als mit Hülfe unsrer Philosopheme die positiven Finsternisse aufzuklären suchen? Nichts weniger als das! In einer Zeit, wo die ganze Philosophie im Schwanken, die philosophische Wahrheit kaum im Werden, wo die Existenz des Naturrechts, der erste Grundsatz, jeder Theil desselben,

wo

wo alles überall in Gährung, kein Satz unbestritten und ausgemacht ist: in einer solchen Zeit sollten wir anwenden, erläutern, ohne unser Raisonnement an einen irgend festen Punkt heften zu können? Wir sollten uns mit Materialien zu Flügeln, deren Mechanismus erst entdeckt werden soll, auf die Spitze des Thurms stellen, und von hier unsern ersten Flug beginnen? Welche Uebereilung!

Das Naturrecht muß erst eine beträchtliche Stufe der Ausbildung erreicht haben, die besseren Köpfe müssen erst über die wesentlichen Grundsätze desselben übereinstimmen, bevor der philosophische Jurist den Gesetzgeber vor sich treten lassen, ihn beurtheilen und in den Geist desselben eindringen kann. Am wenigsten ziemt es sich in unsern Zeiten, ein kaum erfundenes System, kaum ausgedachte, geprüfte, gründlich verarbeitete Ideen zur Interpretation zu benutzen; zu beurtheilen und zu kritisiren, indem es völlig ungewiß ist, ob man von wahren oder falschen Principien ausgeht. Das positive Recht muß nothwendig durch solche gewagte Versuche verunstaltet werden, und beynah möchte man wünschen, daß,

wenn hinfüro Niemand von vorschnellen Untersuchungen dieser Art ablassen will, die historischen Juristen, es sey auf welche Weise es wolle, die Alleinherrschaft an sich rissen. Die Wahrheit gewinnt mehr, wenn nichts gesehen wird, als wenn man schiefe und erkünstelte Ansichten durch Gewohnheit einreissen, herrschend und alltäglich werden läßt.

Aus diesen Gründen glaube ich denn auch, daß die Schrift über die wissenschaftliche Behandlung des römischen Privatrechts 12), welche schon so mancher öffentliche (gerechte und ungerechte) Tadel getroffen hat, lieber nicht geschrieben seyn sollte. Sofern der Verfasser die philosophische Interpretation überhaupt vertheidigt, halte ich mich zu seiner Meynung; aber – was die Anwendung betrifft? — ich gestehe es, mir scheint der Versuch in dieser Hinsicht keineswegs zu den gelungenen zu gehören. Wie viele möchte der Verfasser in Deutschland finden, welche die aufgestellten Grundsätze annähmen? und dann, von solchen, auf allen Fall sonderbar, gesucht und gekünstelt scheinenden Principien auf der Stelle Gebrauch zu machen:

— heißt

— heißt das nicht ein Wagstück, wobey alles gradezu aufs Spiel gesetzt wird? Auch dann, wenn die Grundsätze wahr wären, hätte ihnen der Verfasser doch wenigstens erst Evidenz geben, ihnen das Trockne und Spitzfindige nehmen müssen, um den gesunden Verstand der eleganten Juristen nicht auf doppelte Weise (und ohne Schuld der letzten) zu beleidigen.

12) K. S. Zachariä über die wissenschaftliche Behandlung des römischen Privatrechts. Wittenberg 1795.

Was aber das Schlimmste bey der Sache ist, so hat der Verfasser in der ganzen Schrift einen Hauptpunkt übersehen, worauf beynah alles ankommt. Nämlich: eine Bestimmung des positiven Rechts kann aus einem Satz der Philosophie der Gesetzgebung abgeleitet werden, ohne daß der Gesetzgeber aus diesem philosophischen Grundsatz schloß. Z. B. das Naturrecht sagt: beraube Niemand seines Eigenthums, weil du ihn dadurch an seiner Persönlichkeit verletzest; der gemeine Verstand hingegen stellt zwar dieselbe Regel auf, aber aus dem, wiewohl undeutlich gedachten Grunde: weil du sonst über kurz oder lang dich selbst der Gefahr aussetztest, nach dei-

nen eignen Grundsätzen behandelt zu werden. Dieß angenommen (aber nicht gradezu als factisch behauptet) so erhellet deutlich: es ist hier bloß äußere Eintracht, aber innerer Widerspruch. Setzte daher der philosophische Ausleger seine Gründe bey dem, durch den gemeinen Verstand geleiteten Gesetzgeber voraus: so würde er ihm offenbar etwas unterschieben, und eben dadurch den Geist des positiven Rechts verfälschen.

Die philosophische Interpretation erfordert also als conditio sine qua non einen strengen Beweis, daß das Naturrecht bloß dasjenige deutlich und systematisch darstellt, was der gemeine Verstand undeutlich und verworren denkt. Ist das System nichts weiter als eine eigentliche Erfindung; ein Inbegriff von Argumentationen und Grundsätzen, welche sämmtlich aus zufällig entdeckten, aber niemals wirksam gewesenen Wahrheiten hergeleitet sind: so ist natürlich die philosophische Interpretation, sofern man sich dabey auf das System des Naturrechts stützt, ein Unding, dem man nicht früh genug die Thür verschließen kann. Alles, was geschehen kann, besteht alsdenn darin, daß der Rechtsgelehrte sich

allein an die Psychologie hält, deren Aufschlüsse selbst in dem Fall, wenn die Gründe der Wissenschaft und des gemeinen Verstandes zusammentreffen, den eigentlichen nervus probandi abgeben müssen. Eine einzige Ausnahme giebt es nur, wo es, um die Gründe der Gesetze auszuforschen, keiner psychologischen Erklärung bedarf, nämlich, wenn eine Bestimmung auf Gründen beruht, welche der gemeine Verstand deutlich als Grundsatz aufzustellen pflegt, wenn man etwa das Gebot: beraube Niemand, auf den bekannten Grundsatz: respectire das Eigenthum eines jeden, zurückführen kann. Hier ist es genug, die äußern Phänomene des gemeinen Verstandes beobachtet zu haben; in den übrigen Fällen aber muß nothwendig die Psychologie in letzter Instanz entscheiden. Wird diese übergangen, so ist der Fall eben der, als wenn z. B. die Newtonianer aus ihrem System demonstriren wollten, warum der gemeine Mann den Körper für schwer halte. Hier ist das System eine reine neue Entdeckung, den gemeinen Begriffen beynah widersprechend. Beweist hingegen warum jeder Sehende den nahen Gegenstand für nicht so entfernt, als den entfernteren erklärt: so kann der wissenschaftliche Be-

weis Niemand befremden, weil die Gründe des Systems und des gemeinen Verstandes sich nur durch die Verschiedenheit der Deutlichkeit und Undeutlichkeit unterscheiden.

Der philosophische Ausleger soll also nicht glauben, daß die bloße trockne Analyse eines metaphysischen Grundsatzes, und die Anwendung desselben auf Gegenstände der Erfahrung ihn allein in den Stand setze, in die Gründe des positiven Rechts einzudringen. Nur mittelbar kann ihm ein solches System bey der Auslegung Dienste leisten, nämlich hauptsächlich bey vergleichenden Nachforschungen, und zum Behuf einer systematischen Darstellung des Rechts. Will er vollkommen seinen Endzweck erreichen, so verbinde er mit den erworbenen Rechtsbegriffen, und genauer Beobachtung der äußern Erscheinungen des gemeinen Verstandes, feine, tiefe, umfassende psychologische Kenntnisse. Ohne die letzten fehlt es ihm durchaus an einem Mittelgliede, um in vielen, oder sogar den mehrsten Fällen von der Philosophie zu dem Positiven überzugehen.

Die letzte Bemerkung setzt es noch wohl mehr, wie alle vorhergehenden, außer Zweifel,

daß

daß wir gegenwärtig zu einer vollständigen philosophischen Interpretation d. h. einer solchen, welche auch die verborgenen Gründe einer positiven Gesetzgebung auszuforschen sucht, schlechterdings unfähig sind. Die Psychologie, in so fern sie die Phänomene der practischen Vernunft betrift, ist ein bis jetzt noch völlig unbebautes, man möchte sagen, ein völlig unbekanntes Feld, welches nicht eher cultivirt werden kann und wird, als bis die Lehrer der Moral und des Naturrechts ihre Wissenschaften einigermaßen vollendet haben. Bis dahin, bis zur geendigten Bearbeitung der Psychologie, und bis wir reifere Beobachtungen über die äußern Phänomene des gemeinen und gesunden Verstandes aufzuweisen haben, möchte es dem philosophischen Rechtslehrer wohl nur erlaubt seyn, hin und wieder eine einzelne wahrscheinliche und natürliche Hypothese zu wagen, um sich für die philosophische Interpretation zu üben, und ein gewisses Interesse für dieselbe rege zu erhalten; aber eigentlichen regelmäßigen Gebrauch davon zu machen, bevor jene Bedingungen nur einigermaßen erfüllt sind: dieß würde eine nicht zu verzeihende Uebereilung seyn, und unstreitig mehr zur Verfälschung, als zur

Auf-

Aufhellung des Geistes des positiven Rechts beytragen.

Der philosophische Jurist wird sich durch diese, in den Zeitumständen gegründete, nothwendige Beschränkung seines Wirkungskreises auf keine Weise von dem Studio der Philosophie abziehen lassen: theils weil er hoffen darf, durch seine eignen Nachforschungen zur Cultur der Wissenschaft beytragen zu können, sollte dieß auch nur seyn, indem er der fast natürlichen Einseitigkeit und Kurzsichtigkeit des Philosophen von Profession entgegenarbeitet, und eine gewisse Verbindung zwischen der Philosophie und dem positiven Recht erhält; theils weil ihm bey Auffindung der Grundsätze für einzelne gegebene Bestimmungen, und mittelbar, der Gebrauch der Philosophie zur Auslegung, Darstellung und gründlichen Bearbeitung des positiven Rechts stets unentbehrlich seyn wird. Vollkommenheit ist nicht das Ziel des Augenblicks, und auch dann werden wir schon sehr viel gewinnen, wenn nur nach und nach theilweise die reine Ausbeute der Philosophie von dem Juristen aufgefaßt, und zum Zweck seiner Berufswissenschaft benutzt wird.

Es ist übrigens wohl nichts mehr zu wünschen, und vielleicht dürfen wir uns mit der Erfüllung dieses Wunsches schmeicheln, als, daß die eleganten und philosophischen Rechtsgelehrten bald aufhören, sich wie zwey entgegengesetzte existirende Partheyen zu unterscheiden. Beyde müssen von ihren Anmaßungen nachlassen, und wechselseitig das Gute, was jeden eigenthümlich ist, von den andern annehmen. Ohne Philosophie giebt es keine vollendete Geschichte; ohne Geschichte keine sichere Anwendung der Philosophie. Beyde fließen, als Hülfsmittel der Interpretation mannigfaltig in einander, und bedürfen einer fortgesetzten, wechselseitigen Unterstützung. Der Jurist, dem es um Vollkommenheit zu thun ist, wird daher stets bemüht seyn, beydes, gründliche historische Kenntnisse und philosophische Einsichten mit einander zu verbinden: denn der historische Theil der Rechtswissenschaft wird sich nie durch eine scharfe Grenzlinie von dem philosophischen trennen lassen. In jedem derselben sind Lücken, welche nur allein durch das Eingreifen des andern ausgefüllt werden können.

Nach vielen Bemühungen, und nachdem ich schon lange die vorstehende Abhandlung ausgearbeitet hatte, erhielt ich endlich das bekannte Programm des Herrn Prof. Gros: de iusto philosophiae usu in tractando iure Romano. Erlang. 1796. Ich finde nicht, daß ich genöthigt wäre, meine oben aufgestellten Behauptungen noch besonders gegen den Verfasser zu vertheidigen. Die Abhandlung ist im Wesentlichen gegen die vorhin angeführte Schrift: über die wissenschaftliche Behandlung des römischen Privatrechts, gerichtet, und es wird darin befriedigend gezeigt, daß die systematisch-historische Behandlung des Rechts, d. h. eine solche, welche sich zu den höchsten Grundsätzen des Gesetzgebers erhebt, und diese mit den übrigen untergeordneten Grundsätzen desselben zur Einheit des Systems verbindet, die einzige ist, welche sich mit der Natur des positiven Rechts verträgt. Hierin stimme ich mit dem Verfasser vollkommen überein. Da aber derselbe seine Gründe nur gegen einen gewissen Punkt gerichtet, und nicht auf alle möglichen Arten des Gebrauchs der Philosophie, der reinen sowohl, als der empirischen, Rücksicht genommen hat: so bleibt mir nichts übrig, als, zu

erwarten, ob nicht demselben, oder einem andern, auch gegen meine Ideen etwas zu erinnern seyn möchte. — Ich glaube schon jetzt mit einiger Zuversicht behaupten zu können, daß, wenn ich Gegner finde, unser Streit mehr Worte, als die Sache selbst betreffen wird.

Zehnte Abhandlung.

Ueber die zurückwirkende Fiction bey der legitimatio per subsequens matrimonium.

Bey jeder Art der Legitimation, sagt man, oder sagen vielmehr viele, fingirt das Gesetz, daß die legitimirten Kinder ehelich gebohren seyen; bey der legitimatio per subsequens matrimonium aber wird außerdem noch fingirt, daß zur Zeit der Geburt unter den jetzt heyrathenden Eltern eine Ehe Statt gefunden habe. Jenes kann man die fictio simplex, dieses die fictio retrotractiva nennen.

Daß

Daß die fictio simplex ein Unding sey, ist schon von vielen gezeigt 1). Der Gesetzgeber, welcher ehelich- und unehelich gebohrnen Kindern nach Gutbefinden Rechte nehmen und ertheilen kann, bedarf keiner Umschweife, welche ihn lächerlich machen. Allein wie ist es mit der fictio retrotractiva? Höpfner sagt: man muß unterscheiden. Vor Justinian geschah wirklich eine solche fiction, denn die Kinder einer freygelaßnen Concubine wurden nicht legitimirt. Justinian hat aber in Nro. 78. c. 4. auch die Legitimation solcher Kinder zugelassen, mithin die zurückwirkende fiction ihrer Wirkungen beraubt. **Auf diese Weise ist der Streit über die fiction bey der Legitimation, der aus Mangel deutlicher Ideen und gehöriger Unterscheidung der Zeiten entstanden ist, zu entscheiden** 2).

1) Besonders von J. J. Prehn Untersuchung der Frage: ob die Legitimation außer der Ehe gebohrner Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe. Rostock. 1777. 4. §. 4. fgg.

2) Commentar. §. 136.

Ich habe unter den neuern Rechtsgelehrten keinen gefunden, welcher diesem Raisonnement nicht

nicht einige Kraft beygelegt, und die Fabel von der zurückwirkenden Fiction so angegriffen hätte, wie man sie angreifen muß, um dem ganzen Dinge auf immer ein Ende zu machen. Prehn hat sich in der angeführten Abhandlung gar nicht darauf eingelassen. Der Hr. Hofrath Glück 3) erklärt sich zwar im Allgemeinen wider die zurückwirkende Fiction, allein aus Gründen, wodurch, wie mir scheint, die eigentliche schwache Seite der Gegner nicht genau getroffen ist. „Erstlich, sagt er, wozu bedurften die Gesetzgeber einer Fiction? Konnten sie nicht ohne diese, kraft ihrer gesetzgebenden Gewalt, den unehelich gebohrnen Kindern die Rechte ehelich gebohrner beylegen?" — Freylich wäre es mit dieser Fiction auf allen Fall eine sonderbare Sache; indeß werden und können die Vertheidiger derselben einwenden, warum blieben die mit einer Sklavinn erzeugten Kinder von der Wohlthat der Legitimation ausgeschlossen? Dieser Frage ist keineswegs durch jenen Einwurf begegnet. — „Zweytens, fährt er fort, würde, wenn man eine solche Fiction annehmen wollte, hieraus offenbar folgen, daß die spurii nach dem Civilrecht hätten legitimirt werden können, weil deren Eltern zur Zeit des Bey-

schlafs die Ehe frey stand, und doch erstreckte sich die Wohlthat der Legitimation nicht auf diese." — Keineswegs! werden die Gegner erwiedern. Bey der Legitimation geschieht eine zurückwirkende Fiction; dieß heißt nicht: wo die Fiction möglich ist, da werden die Kinder legitimirt, sondern: wo jene unmöglich ist, da werden sie nicht legitimirt. Hieraus folgt aber nicht, daß die Legitimation unbedingt zugelassen wird, wo die Fiction möglich ist: denn das liegt nicht in der Proposition. — „Drittens, beschließt der Verfasser, hat Justinian sogar die Legitimation durch nachfolgende Ehe zugelassen, wenn gleich die Mutter zur Zeit der Conception oder Geburt der Kinder noch Sklavinn gewesen; wie reimt sich dieß mit jener retrotractivischen Erdichtung Selbst diejenigen, welche sie annehmen, müssen daher zugestehen, daß Justinian dieselbe aufgehoben habe." Diesem Einwand werden Höpfner und seine Anhänger gern volles Gewicht beylegen, weil derselbe das Geleugnete gewissermaßen wieder einräumt. Denn wozu die Provocation auf Justinians Verordnung, wenn die ganze Lehre von der Fiction eine Träumerey ist? Man behauptet doch gewöhnlich nicht gern, daß

der

der Gegner wenigstens in diesem Fall Unrecht habe, wenn man ihn überführen kann, daß seine Meynung in allen Fällen falsch sey? Und dieß ist es grade, worauf hier jetzt alles ankommt.

3) Commentar. §. 140.

Um eine falsche Vorstellungsart mit Sicherheit zu widerlegen, muß man sorgfältig den Ursprung derselben auszumitteln suchen. Wie und woher ist die ganze Lehre von der retrotractiven Fiction entstanden? Die Gesetze sagen es nicht, daß die Legitimation auf einer solchen Erdichtung beruhe. Aus welchen Gründen hält man sich denn berechtigt, dem Gesetzgeber dergleichen Künsteleyen unterzuschieben? – Aus keinen andern, als, weil man die Verordnung fand: Kinder einer Sklavinn werden nicht durch die nachfolgende Ehe legitimirt. Nun aber hatte doch das Gesetz der Ehe mit der Concubine die Wirkung der Legitimation beygelegt. Warum also diese Ausnahme? Bey dieser Frage entstand nun in einem großen Kopf der Gedanke: sollte sich nicht der Knote lösen lassen, wenn wir bey dem Gesetzgeber eine Fiction voraussetzen? Der Versuch gelang natürlich, und so war denn wieder eine Schwierigkeit überstanden. Höpfner sagt

zwar: bey der Legitimation geschieht eine Fiction, daraus folgt, daß Sklavenkinder nicht legitimirt werden können. Allein dieß ist nach der gewöhnlichen Methode der Axiomatiker gesprochen, welche immer am liebsten den Schluß zum Vordersatz machen.

Alles beruhet also auf der Beantwortung der Frage: läßt sich jene Verordnung am leichtesten durch die Hypothese von der retrotractiven Fiction begreifen, oder giebt es einen bequemeren Ausweg? Einen andern Gesichtspunkt darf und kann man hier schlechterdings nicht annehmen. Also ohne Umschweife zur Beantwortung jener Frage!

Constantin wollte den Concubinat einschränken, und führte zu diesem Ende die legitimatio per subsequens matrimonium ein 4). Unter Concubinat im eigentlichen Sinn verstand man nur die Verbindung eines Freyen mit einer Freyen 5), obgleich auch zuweilen eine Sklavinn, welche zur Beyschläferinn genommen war, concubina hieß 6). Das Gesetz konnte also den in einem contubernio erzeugten Kindern nicht zu Statten kommen, und dieß um so weniger,

da

da diese der Wohlthat der Legitimation nicht immer, und vielleicht nur höchst selten, fähig waren. Warum indeß Constantin das Gesetz nicht ausdrücklich auf alle freye Concubinen-Kinder ausdehnte, darüber schweigt die Geschichte. Die eigentliche Frage bleibt also: sollen wir der Fiction das Wort reden, oder uns lieber dagegen erklären, wenn es möglich oder wahrscheinlich ist, daß die Kinder der Sklavinnen aus andern vernünftigen Gründen von der Legitimation ausgeschlossen blieben? Wohl ohne allen Zweifel das letzte!

4) Die eigne Verordnung dieses Kaisers existirt nicht mehr. *Heineccius* commentar. ad L. Juliam et Papiam Poppaeam p. 174. Doch wird dieselbe in L. 5. C. de natur. lib. beyläufig erwähnt.

5) Paul. Sent. rec. L. II. T. 19. §. 1. 6. L. 14. §. 1. de ritu nupt. L. 3. C. de incest. nupt. L. 24. C. de liberal. cauff.

6) L. 1. de concub. L. 8. de pignor. L. 38. pr. de reb. auctor. iudic. poff.

Man muß es sich nur recht deutlich denken, was es heißt: ein Gesetzgeber, dem alles möglich und alles Gute erlaubt ist, fingirt. Constantin setzt sich hin, und will indirect dem

Concubinat entgegen arbeiten. Er fällt auf das Institut der Legitimation, und greift den Satz auf: alle Kinder der eigentlichen Concubinen sollen Theil an dieser Wohlthat haben; die aus einem contubernio erzeugten Kinder bleiben aber ausgeschlossen. Warum aber das Letzte? sollte es nicht gut und billig seyn, auch diesen, wenn sie frey sind, jene Wohlthat zuzuwenden? Nein, denn ich will dieselbe nur den Concubinen-Kindern einräumen. Und warum? Weil ich will, daß man eine Ehe soll fingiren können. Und warum dieß? — Ipse nescio. — — Das ist denn am Ende das ganze principium movens. — Welches Unternehmen, in solchem Geist nach den Gründen der Gesetze zu forschen!

Die einzige Frage: sollte Constantin nicht einen vernünftigen Grund gehabt haben? wirft die ganze Fabel von der Fiction über den Haufen. Die Vertheidiger derselben thun nichts, als daß sie präsumiren, und da, dächte ich, sollte doch wohl die allgemeine Präsumtion der Vernünftigkeit, der besonderen Präsumtion der Unvernünftigkeit vorgehen. Dieser Satz allein enthält eine vollständige Widerlegung der Höpfner-

nerschen Meynung; aber wir können noch weiter gehen, und besondere vernünftige Gründe präsumiren. Constantin suchte bekanntlich vorzugsweise vor vielen neueren Kaisern unanständige Verbindungen mit niedrigen Weibern zu verhindern 7). Wollte z. B. ein Senator seinen von einer Sklavinn erzeugten Sohn auch nur versuchen, durch ein Rescript legitimiren zu lassen, so sollte er infam werden 8). Wie, wenn Constantin es überhaupt nicht gewünscht hätte, die Ehe des Herrn mit seiner gewesenen Sklavinn zu befördern? dafür lassen sich doch wohl vernünftige Gründe auffinden? — Vielleicht sprach auch das Gesetz nur schlechthin von Concubinen. Da nun Privilegien nicht im weiteren ungewöhnlichen Wortverstande zu verstehen sind, so konnte dasselbe nicht auf die im contubernio erzeugten Kinder ausgedehnt werden. Diese Auslegung erhielt sich bis auf Justinian. — Das alles sind Möglichkeiten, und wahrscheinliche Möglichkeiten, gegen welche das präsumirte Hirngespinnst der retrotractiven Fiction auf allen Fall in einer höchst traurigen Gestalt erscheint.

7) *Heineccius* ad L. Jul. et Pap. Popp. p. 137. sqq.

8) L. 1. C. de natural. lib.

Eilfte Abhandlung.

Ueber den eigentlichen Unterschied zwischen titulus und modus acquirendi.

Die neueren Juristen haben größtentheils ganz eigne und sonderbare Begriffe vom titulus und modus acquirendi, denen man es gleich ansieht, daß sie nicht die Begriffe der Römer waren, und seyn konnten. Dennoch werden diese Philosopheme der wolfischen Schule grade so gestellt und vorgetragen, als ob sie unmittelbar aus dem römischen Recht abstrahirt wären. Wo die Namen sind, denkt man, muß auch die Sache seyn; und so ist das Mittelglied zwischen dem Positiven und der Philosophie leicht gefunden. — Wir wollen sehen, in wiefern Cajus, Ulpian und Tribonian mit unsern heutigen Begriffen bekannt waren.

Das römische Recht erfordert in verschiedenen Fällen zur Erlangung eines dinglichen Rechts go-

gewisse Facta, welche an sich genommen nie einen vernünftigen Grund der Erwerbung eines besondern Rechts enthalten, oder wenigstens von den römischen Gesetzgebeen in gewissen Fällen nicht so angesehen werden, als enthielten sie einen solchen Grund, nämlich bey der Erwerbung durch Uebergabe und Usucapion. Uebergabe an sich kann nie als ein für sich bestehender Rechtsgrund der Erwerbung eines besondern Rechtes gelten. Denn es werden durch dieselbe mannigfaltige Arten der Rechte erworben, und es frägt sich also immer im vorkommenden Fall, aus welchem Grunde soll hier die Uebergabe die Erwerbung des Eigenthums, oder eines andern dinglichen Rechts nach sich ziehen? Dieser Grund muß angegeben, und dann zugleich erwiesen werden, daß Vernunft oder Gesetz denselben überhaupt und besonders unter den gegebenen Umständen billigen (iustus titulus allegandus est). Eben so erforderten die römischen Gesetzgeber zur Vollendung der Usucapion einen fortgesetzten Besitz in gutem Glauben. Ein solcher Besitz schien ihnen aber nicht hinreichend, um binnen 3, 10, und 20 Jahren das Eigenthum zu ertheilen. Sie verlangten daher, es sollten dem Besitz solche Handlungen vor-

hergegangen seyn, welche den jetzigen Inhaber nach den sonstigen Regeln des Rechts würden zum Eigenthümer gemacht haben, wenn der Vorgänger desselben wirklicher Eigenthümer der Sache, oder zur Veräusserung derselben befugt gewesen wäre; das Geschäft, welches der Uebertragung des Eigenthums vorherging, sollte wenigstens an sich keinen rechtlichen Mangel haben, und also im rechtlichen Verstande ein entfernter vernünftiger Grund der Erwerbung seyn.

Diese Thatumstände nun, welche den vernünftigen Grund enthalten, warum durch das äußre leere Factum der Uebergabe, oder das bey der Usucapion für leer gehaltene Factum des fortgesetzten Besitzes in gutem Glauben ein besonderes dingliches Recht erworben werden kann, heissen den Römern titulus, und das Factum, zu dem jener titulus hinzukommen muß, oder welches an sich schon den hinlänglichen Grund der Erwerbung eines besonderen Rechtes enthält, modus acquirendi. Diese Beschreibung enthält indeß bloß Prädicate, welche auf den modus und titulus acquirendi passen; keineswegs aber eine eigentliche Definition d. h. eine solche

Be-

Beschreibung, durch welche allein wir in den Stand gesetzt werden könnten, zu entscheiden, was im vorliegenden Fall titulus, was modus acquirendi sey; ob hier grade in diesem Fall überhaupt ein titulus und modus acquirendi unterschieden werden müsse, oder nicht? Eine solche Definition läßt sich schlechterdings nicht vom titulus und modus acquirendi aufstellen. Denn bey der 3 = 10 = und 20 jährigen Verjährung ist der Besitz im guten Glauben bloßer modus acquirendi. Bey der praescriptio longissimi temporis hingegen ist eben derselbe schon für sich allein als Erwerbgrund hinlänglich. Dort bedarf derselbe eines tituli, hier nicht. Im letzten Fall ist also der bloße Besitz in gutem Glauben ein vernünftiger Erwerbgrund bloß durch sich selbst; im ersten das Gegentheil. Die ganze Frage: welches sind die Fälle, in denen wir einen modus und titulus acquirendi unterscheiden müssen? ist also rein historisch, so wie es eine rein historische Frage ist: wie viel Gattungen des dinglichen Rechts giebt es? Daß der Usufructuar eine Vindication hat, der Pachter nicht, folgt eben so wenig aus dem Begriff eines dinglichen Rechts, als es aus den Begriffen von modus und titulus

acqui-

acquirendi erhellt, warum hier der Besitz in gutem Glauben als ein an sich vernünftiger Grund der Erwerbung angesehen wird, dort hingegen einer Rechtfertigung bedarf. Dieß zu erklären ist allein das Geschäft der Geschichte, welche aber auch hier nicht einmal immer ihren Endzweck erreichen kann. Denn wie viel beruht nicht in diesem und ähnlichen Fällen auf dem bloßen Zufall, dessen Gründe die Geschichte niemals aufgefaßt hat, und niemals aufzufassen im Stande seyn wird?

Der titulus und modus acquirendi sind diesemnach nicht Erfordernisse jeder Erwerbung eines dinglichen Rechts. Nur bey der traditio und usucapio sprechen die Römer von einem titulo und einem modo acquirendi. Bey andern Erwerbhandlungen hingegen, welche keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, oder zu bedürfen scheinen, fallen jene Unterscheidungen ganz hinweg. Hier giebt es keinen, vom modus unterschiedenen titulus acquirendi, weil jener zugleich die Stelle des letzten vertritt. So ist z. B. ein titulus occupationis, specificationis, longissimi temporis praescriptionis, u. s. w., im

Gegensatz eines hiebey außerdem noch erforderlichen modi acquirendi, im römischen Recht etwas völlig unerhörtes. Will man hier einen titulus, und einen modus acquirendi herausbringen, so muß man erst z. B. die Occupation in das nudum factum occupationis und den animus sibi habendi auflösen. Dann lassen sich freylich bey jeder Erwerbart ein titulus und ein modus acquirendi unterscheiden. Allein im Grunde sind dieß doch nur unnütze und schädliche Distinctionen, welche bloß dazu dienen, die eigentlichen Begriffe der römischen Juristen zu verdunkeln. Man denkt sich dann unter occupatio, adiunctio und dergleichen ganz etwas anders, als was die Römer darunter verstanden. Es ist also ein bloßes Wortspiel, wodurch, sofern man dasselbe auf das römische Recht anwendet, nichts als Verwirrung und Vermengung der Begriffe, besonders des Anfängers, veranlaßt werden kann.

Alle diese Ideen sind keineswegs neu, sondern größtentheils schon von dem Herrn Etatsrath und Prof. Trendelenburg vor mehr als zwanzig Jahren mit möglichster Bestimmtheit und Klarheit in der Abhandlung: de iure posses-

sessionis circa fructuum perceptionem, wiewohl nur beyläufig, vorgetragen 1). Weil aber diese Abhandlung, solange der Herr Verfasser nicht den Wünschen des Publikums nachgiebt, und eine Sammlung seiner sämmtlichen kleinen akademischen Schriften veranstaltet, nur in den Händen weniger ist, und beyläufig gesagte Wahrheiten selten gehörig benutzt werden, so denke ich wird das, was hier daraus wiederholt ist, nicht am unrechten Ort gesagt seyn.

1) Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem, quam Praeside *A. F. Trendelenburg* ad disp. propon. *J. E. J. Dahlmann.* Chilon. Holsat. 1775. §. 3. „Facta vero illa nonnunquam ita comparata sunt, ut varias caussas acquirendi dominii sub se comprehendere possint, cuius generis est traditio, quae multiplici ex caussa fieri potest. Quod si contingit, ex solius huius facti mentione facta nondum apparet specialis iuris ratio, ob quam mediante facto illo dominium acquirere iuste potuerimus; quare tum opus est, ut hanc indicemus, quod dum facimus, titulum nos designare dicimur; v. c. dum dicimus: tradita mihi res est iure emtionis, permutationis, donationis. Contra vero, si facta adeo simplicia sunt, ut unam tantum admittant caussam acquirendi dominii, iure stabilitam, opus non est,

est, ut hanc in specie quaeramus, aut speciali nomine designemus. Ita, si occupatione dicimus nos rem acquisivisse, hoc uno verbo et factum et ius complectimur, ideoque necesse non est, ut specialem titulum indicemus. Quare dicimus quoque iure occupationis rem acquirere, non iure traditionis."

Zwölfte Abhandlung.

Versuch eines neuen Beweises, daß Geschwister von einander die Alimente erzwingen können, nebst einem Anhange über die Eintheilung der Verbindlichkeiten in mittelbare und unmittelbare.

Ueber die Frage, ob den Geschwistern eine Zwangsverbindlichkeit obliege, sich gegenseitig die Alimente zu reichen, sind die Meynungen der Neueren getheilt. Einige 1) bejahen, andere 2) verneinen dieselbe. Die letzten scheinen auf den ersten Anblick bey weitem die überwiegendsten Gründe auf ihrer Seite zu haben.

1) *Leyser* Spec. 325. m. 1. 2.

2) *Mül-*

2) *Müller* ad Leyſ. T. III. F. 2. Obſ. 581. *F. Boehmer* ius nov. contr. T. 2. Obſ. 150. *Walch* introd. in controv. iur. civ. S. 1. c. 2. m. 2. §. 21. Weber von der natürl. Verb. §. 102. S. 485. fgg. Höpfner Comm. §. 105. not. (2). *F. Popp* Diſſ. de imperfecta fratrum ſororumque ad ſe invicem alendos obligatione Altorf. 1780. Es iſt mir unmöglich geweſen, die letzte Abhandlung aufzutreiben, und ich kenne bloß den Auszug, welchen Müller a. a. O. daraus gemacht hat.

Von den Vertheidigern der bejahenden Meynung werden hauptſächlich drey Geſetze angeführt: L. 13. §. 2. de adminiſtr. et peric. tutor. L. 1. §. 2. de tutel. et ration. diſtr. und L. 4. ubi pupill. educar. vel mor. deb. Das erſte ſagt aber bloß: wenn der Tutor der Mutter oder der Schweſter des Pupillen die Alimente giebt: ratum id habendum eſt. In dem zweyten heißt es: nonnullos caſus poſſe exſiſtere, quibus ſine reprehenſione tutor auctor ſit pupillo ad diminuendum, decreto ſcilicet interveniente; veluti ſi matri aut ſorori, quae aliter ſe tueri non poſſunt, tutor alimenta praeſtiterit; — — quinimo per contrarium putat poſſe cum tutore agi tutelae, ſi tale officium praetermiſerit. In der L. 4. cit. endlich

lich sagt Julian: qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, quum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quidquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit. Is, a cognatis et propinquis pupillae perductus ad magistratum, iussus est alimenta pupillae, et mercedes, ut liberalibus artibus instituereturr, pupillae nomine praeceptoribus dare; pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati caussa solvit. Quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit. Respondi: existimo, etsi citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, et liberalibus artibus instituerit, quum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere.

Das letzte Gesetz sagt freylich: der Tutor kann gezwungen werden der Schwester des Pupillen die Alimente nicht zu verweigern; allein daraus folgt nichts in Ansehung des Pupillen selbst. Die Gründe, warum? setze ich aus dem

Werke über die natürliche Verbindlichkeit als bekannt voraus. Es ist mithin, da die Verwandlung einer Liebespflicht in eine Zwangspflicht nicht ohne Noth angenommen werden darf, durch die angeführten Gesetze an sich soviel als nichts erwiesen.

Noch andre Gründe für die verneinende Antwort haben Walch und Müller a. d. c. O. Jener sagt: qui legitimam alteri absolute relinquere haud debet, is nec obligatus est ad eum alendum. Allein dieser Satz scheint mir keineswegs erwiesen und richtig zu seyn. Ehelich gebohrne Kinder sind nicht verbunden ihren natürlichen Geschwistern den Pflichttheil zu hinterlassen, und dennoch sollen sie nach Justinians Verordnung ihnen — wahrscheinlich weil sie von der Erbschaft ausgeschlossen sind, die Alimente geben 3). Die mütterlichen Ascendenten konnten weder nach dem Civilrecht, noch nach dem prätorischen Edicte auf einen Pflichttheil Anspruch machen 4), und doch räumt ihnen Ulpian unter gewissen Umständen ein Zwangsrecht auf Alimente ein 5). Dasselbe gilt von Ehegatten. Eben so schwach ist das neue Argument, welches Müller

ler aufgefunden zu haben glaubt. Nämlich er sagt: wo eine Rechtsnothwendigkeit, d. h. eine dem Pupillen obliegende Zwangsverbindlichkeit vorhanden sey, da bedürfe der Tutor keines Veräusserungsdecrets. Wo hingegen die Zwangsverbindlichkeit wegfalle, müsse der Magistrat seine Einwilligung geben. Nun aber heisse es in L. 1. §. 2. cit. nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor sit pupillo ad deminuendum, *decreto scilicet interveniente*, veluti, *si — sorori — alimenta praestiterit*. Ohne den ersten Gedankenstrich vor sorori würde Müller wohl nie das neue Argument producirt haben. Denn setzt man an die Stelle desselben die ausgelassenen Worte: matri aut, so ergiebt sich gleich, daß zuviel bewiesen ist, da die Mutter anerkanntermaßen ihren Sohn zwingen kann, sie zu ernähren. Warum der Jurist hier ein Decret fordert, ist leicht einzusehen. Mutter, Vater, Patron, Bruder und Schwester haben nicht als solche schlechthin ein Recht auf Alimente, sondern unter gewissen, oft sehr schwer auszumittelnden Bedingungen. Um dabey nicht zu fehlen, werden unendlich mehr Rechtskenntnisse vorausgesetzt, als wenn etwa der Tutor

nach Vorschrift des Testaments, oder vermöge eines Vertrags, diese oder jene Sache verkaufen oder zurückgeben soll. Es ist hier also ein Fall, wo es, bey aller Rechtsnothwendigkeit, dennoch am gerathensten ist, den Tutor an den Magistrat zu verweisen; mithin hätte Müller die gewöhnliche Regel mit Rücksicht auf diesen Fall restringiren, nicht aber aus einer irrig für unbedingt gehaltenen Regel falsche Folgerungen herleiten sollen.

3) Nov. 89. c. 12. §. 6.

4) *F. G. C. Sartorius* Diss. de bonor. poss. quam contr. tab. parent. lib. agnosc. S. 1. §. 2.

5) L. 5. §. 2. de agnosc. et alend. lib.

Bey dem allen bleibt indeß immer der Satz richtig, daß man, wenn sonst keine neue Gründe aufgefunden werden können, den Geschwistern das Zwangsrecht auf Alimente schlechthin absprechen muß. Geraume Zeit war ich dieser Meynung, bis endlich ein zufällig entdecktes Gesetz mich wanken machte, und zuletzt ganz für die Parthey der Gegner gewann.

Die Stelle ist aus Pauli Lib. 38. ad Edictum: Quum tutor non rebus duntaxat, sed

etiam

etiam moribus pupilli praeponatur: inprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet; alimenta servis libertisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit; solennia munera parentibus cognatisque mittet. *Sed non dabit dotem sorori, alio patre natae; etiamsi aliter ea nubere non poterit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est* 6). Der wesentliche Inhalt dieses Gesetzes ist: der Tutor soll a) die Zwangspflichten des Pupillen erfüllen; er soll b) alles thun, was dem Pupillen in Ansehung seines Vermögens vortheilhaft ist; er soll ferner c) die sogenannten Ehrenpflichten des Pupillen d. h. diejenigen, welche man durchaus nicht vernachlässigen darf, um im gemeinen Leben für einen honetten Menschen gehalten zu werden, erfüllen, also z. B. nach unsern Sitten, wenn der Mündel über 14 Jahre, und zum Taufzeugen gebeten ist, das gewöhnliche Pathengeld für ihn geben, oder, nach Römischen Gebräuchen, den Aeltern und nahen Verwandten desselben das herkömmliche Geburtstagspräsent schicken 7), nicht

aber d) die bloß moralischen Verbindlichkeiten desselben — quae honeste et ex liberalitate fiunt — erfüllen.

6) L. 12. §. 3. de administr. et peric. tutor.

7) *Brissonius* select. antiqu. L. 4. c. 3.

Nun aber ist es a) von selbst einleuchtend, daß wenn der Tutor die Geschwister des Pupillen nährt und kleidet, diese Handlung keineswegs zu den einträglichen gehört. Eben so wenig wird es b) von den Römern als eine Handlung der bloßen Schicklichkeit und des bloßen Anstandes angesehen, wenn man Jemand die Alimente giebt, sondern überall, wo der Gebende nicht dazu gezwungen werden kann, rechnen sie dieselbe zu den Handlungen der Moralität, des Mitleids und der Wohlthätigkeit. „Titium, si *pietatis respectu* sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi 8).“ „Si *paterno affectu* privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est 9). Die Pflicht, die Geschwister zu ernähren, kann also nur entweder zu den Zwangs-, oder zu den Liebespflichten gehören. Da nun aus den oben angezogenen Gesetzen erhellet, daß der Tutor da-

zu gezwungen werden kann, der Tutor aber nach dem Ausspruch des Paulus nicht einmal die Liebespflichten des Pupillen erfüllen darf: so scheint mir unwidersprechlich zu folgen, daß man die Pflicht, den Geschwistern die Alimente zu verabreichen, nothwendig zu den Zwangspflichten zählen muß.

8) L. 27. §. 1. de negot. gest.

9) L. 15. C. eod. (2. 19.)

Daß das argumentum a contrario auch hier täuschen kann, gebe ich freylich zu; aber, damit ich eingestehe, daß es hier wirklich täuscht, verlange ich mit Recht, daß man mir erst andre Stellen zeige, wo jene Pflicht ausdrücklich unter den Liebespflichten aufgeführt wird.

Was mich ausserdem noch mehr von der Wahrheit meiner Meynung überzeugt, ist theils das Princip, von welchem die Römischen Juristen überhaupt in dieser Materie ausgingen, theils der Umstand, daß sie sich sorgfältig hüteten, die Personen, denen die Alimente gebühren, auf eine bestimmte Zahl, und bestimmte Classen einzuschränken. Utrum autem, sagt Ulpian, tantum patrem, avumve paternum,

proavumve, paterni avi patrem, ceterosque virilis sexus parentes, alere cogamur, an vero etiam matrem, ceterosque per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et *quum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis*, singulorum desideria perpendere iudicem oportet 10). Die letzten unterstrichenen Worte, verglichen mit den in L. 13. §. 2. cit. vorkommenden Worten: nam quum *bonae fidei iudicium sit*, nemo feret aut pupillum aut substitutum eius, querentes, quod *tam coniunctae personae* (nämlich Mutter und Schwester) *alitae sint*, geben einen neuen Beweis, daß die längst außer Gebrauch gekommene Lex voconia nicht den geringsten Einfluß auf Julians und Ulpians Entscheidungen hatte, wie Popp ohne Grund vermuthet 11), und daß mithin das, was die Gesetze hier von den Schwestern beyspielsweise anführen, auch auf die Brüder angewandt werden muß. Auch ist es nicht unerheblich, wenn Leyser a. a. O. darauf aufmerksam macht, daß überall Mutter und Schwester mit

einan-

einander verbunden, und in Einer Proposition angeführt werden, welches nicht geschehen seyn würde, wenn ihr Recht auf Alimente bald für ein Zwangs-, bald für ein bloßes Gewissensrecht gehalten wäre 12). Der Grund, warum nicht auch die Brüder zum Beyspiel angezogen sind, lag wahrscheinlich darin, weil das weibliche Geschlecht überhaupt hülfsbedürftiger, als das männliche ist, und weil die Römer in ihren Testamenten ihre männlichen Descendenten weit besser, als ihre Frauen und Töchter zu bedenken pflegten.

10) L. 5. §. 2. de agnosc. vel alend. lib.

11) S. Müller l. c.

12) *Averanii* interpretat. L. II. c. 29. n. 6. 7. 8.

Uebrigens erhellet auch noch aus dem eben hergesetzten Fragment Ulpians, daß die Frage: welche Verwandten können sich die Alimente erzwingen? durchaus nicht völlig bestimmt und befriedigend aus dem Römischen Recht beantwortet werden kann. Ulpian stellt ein Princip auf, welches nur der gehörig verstehen und anwenden kann, dem der Geist desselben aus der Erfahrung bekannt ist; dem ein gewisses lebendiges Bild des herrschenden Gerichtsgebrauchs vor Augen schwebt. Hätten wir es vermocht, uns dieses

Bildes zu bemächtigen, so würden gewiß unzählige Controversen nicht entstanden seyn, und wir würden Licht und Gewißheit haben, wo wir uns jetzt auf ein ungewisses Umhertappen und Errathen einschränken müssen 13). Mir scheint, diese Bemerkung könnte vortreflich in einer Apologie der Justinianischen Gesetzgebung benutzt werden. Der Gerichtsgebrauch, welcher noch zu Justinians Zeiten lebendig fortwirkte, hatte eine unendliche Menge von Begriffen bekannt und alltäglich gemacht, und klare Ideen eingeprägt, welche nie von den Juristen in ihren Werken umständlich entwickelt und dargestellt wurden, nie entwickelt und dargestellt zu werden brauchten. Diesen lebenden Genius schmückte Justinian mit seinem System aus. Er lehrte größtentheils nur, was er lehren konnte; nur das bemerkungswerthe, was sich nicht, als alltäglich, der Wahrnehmung entzog. Für seine Zeitgenossen war mithin seine Gesetzgebung bey weitem nicht so unvollkommen, als sie uns seyn muß, die wir bloß neue Gesetze zu einem alten Gerichtsgebrauch erhalten haben, und aus diesem die Lücken und Dunkelheiten jener zu ergänzen und aufzuklären schlechterdings unfähig sind. Es wäre daher auch zu wünschen,

daß

daß die Lobredner des Römischen Rechts den absoluten und relativen Werth desselben genauer unterschieden, und die Vorzüge einer Gesetzgebung zunächst nur nach dem Zweck derselben, nicht aber nach ausserwesentlichen Eigenschaften beurtheilten.

13) Ein Beyspiel hievon kann der Titel: de condiction. triticiar. geben, bey welchem *Noodt* in Comm. ad P. bemerkt: ad hunc titulum nullam adferam interpretationem, non adsuetus alios docere, quod ipse non intelligo. Vielleicht hätte ein gemeiner Richter zu Justinians Zeiten alles verstanden, was Noodt hier überall unbegreiflich und unerklärbar scheint.

Indem ich hier gegen den Herrn Prof. Weber die gemeine Meynung in Schutz genommen habe, sehe ich mich auf der andern Seite genöthigt, etwas zu widerrufen, was ich bey einer andern Gelegenheit wider denselben erinnert hatte. In meiner Inaugural-Schrift nämlich versuchte ich es, den Ungrund der Eintheilung in obligationes mediatas und inmediatas darzuthun 14), aus eben den Gründen, welche man in der bekannten, von mir damals noch nicht gelesenen Maurerschen Abhandlung 15) noch weitläuftiger,

als in meiner Schrift, ausgeführt findet. Ich behauptete, was auch jetzt nicht leicht mehr geleugnet werden wird, daß jede Verbindlichkeit zugleich als Grund der Existenz etwas Factisches, als Grund der Möglichkeit ein Gesetz voraussetze, daß folglich die unmittelbare Verbindlichkeit, als alleiniges Product des Gesetzes, ein Unding sey. Um meinen Satz zu erläutern und zu vertheidigen versuchte ich es, die in dem Werk über die natürliche Verbindlichkeit §. 32 - 38. aufgestellten Ideen zu widerlegen, in der festen Ueberzeugung, daß daselbst die von mir bestrittenen Begriffe einen Vertheidiger gefunden hätten. — Schon vor einem Jahr entdeckte ich, daß ich mit Schatten gekämpft habe, und ich begreife jetzt kaum, wie ich dem Verfasser eine Meynung andichten konnte, gegen welche sich derselbe ausdrücklich verwahrt hat. Eine persönliche Zusammenkunft mit dem Herrn Prof. Weber gab mir kurz darauf Gelegenheit, denselben mündlich wegen meiner Uebereilung um Verzeihung bitten zu können. Wäre dieß nicht gewesen, so würde ich schon früher meine Pflicht zu erfüllen, und diese Erklärung in das Publicum zu bringen gesucht haben.

14) Diss de genuina iuris personar. et rer. indole p. 65. not. 12).

15) Von dem Ungrund der Eintheilung der persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten in solche, die mittelbar, und solche, die unmittelbar aus den Gesetzen entspringen. N. 1. der jurist. Abhandlungen und Beobachtungen.

Bey dem allen aber kann ich mich dennoch keineswegs für diese Eintheilung überhaupt erklären, sondern ich bin nach wie vor überzeugt, wenn auch aus neuen Gründen, daß dieselbe überhaupt nicht in der Rechtswissenschaft geduldet, wenigstens alles Einflusses auf die systematische Anordnung des positiven Rechts, wie es ist, beraubt werden sollte.

Wenn die neueren Rechtsgelehrten sich unter obligationibus immediate et mediate ex lege oriundis überhaupt etwas vernünftiges denken, so verstehen sie, so dunkel sie sich auch auszudrücken pflegen, unter den letzten diejenigen, welche auch ohne ein positives Gesetz aus gegebenen Handlungen entsprungen seyn würden, unter jenen hingegen diejenigen, welche aus Handlungen oder Thatumständen entspringen, denen das positive Recht erst die Wirkung beygelegt hat, diese

oder

oder jene Verbindlichkeit nach sich zu ziehen. Bey der obligatio mediata müssen stets Handlungen existiren, welche so beschaffen sind, daß sie die Vernunft an sich als obligatorisch anerkennen würde; bey den obligationibus inmediatis hingegen ist dieß nicht der Fall, weil ihnen das positive Recht ohne alle Rücksicht die obligatorische Wirkung beylegt, oder, wie Schmidt 16) sagt: factum hic est caussa remota, seu conditio sine qua non; lex vero est caussa efficiens proxima huius obligationis. Bey der obligatio mediata verfährt das positive Gesetz bloß bestätigend, die Verbindlichkeit ist unmittelbar durch das Factum gegeben, und wird nur nicht durch das bürgerliche Recht aufgehoben, das Factum ist obligatorisch, wie man sagt; bey der obligatio inmediata hingegen schafft das positive Recht die Verbindlichkeit, legt dieselbe einer Handlung oder einem andern Thatumstand als Wirkung bey, ist also auch das unmittelbar constituirende Princip, dem das Factum nur allein Wirksamkeit verschafft. Zu jenen werden gemeiniglich alle Verbindlichkeiten gezählt, welche aus Handlungen der Willkühr, besonders alle diejenigen, welche aus Verträgen und Verbrechen

entspringen; zu diesen die mehrsten aus andern Quellen entstehenden Verbindlichkeiten.

16) *J. L. Schmidt* institutt. iur. civil. §. 1221.

In diesem Sinn ist die Eintheilung an sich allerdings vernünftig, und in der Natur der Sache gegründet. Dennoch aber glaube ich auf meiner obigen Behauptung bestehen zu müssen, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Die Benennung paßt bey dieser Eintheilung durchaus nicht zu den derselben untergelegten Begriffen, und man muß stets gegen den Sprachgebrauch kämpfen, wenn man die Worte in dem angenommenen Sinn verstehen will. Unter dem Ausdruck lex schlechthin die lex positiva zu verstehen, ist etwas ungewöhnliches; man sollte also wenigstens das positiva ausdrücken. — Außerdem sind die Beywörter mediate und immediate unschicklich gewählt. Das Mittelbare deutet immer etwas entferntes an, z. B. er ist mittelbar durch mich dazu veranlaßt. Dieß heißt nach unserm Sprachgebrauch: erst that ich etwas, dieß führte ihn hier oder darauf, dieß noch weiter, und so kam er hin, wo er ist. Bey der mittelbaren Verbindlichkeit müßte also das positive Gesetz zu-

erst

erst die Verbindlichkeit vorbereiten, und wenn dieß geschehen wäre, gäbe das natürliche Recht und das Factum den Ausschlag. Die Ordnung ist hier aber grade umgekehrt. Auch ist nicht abzusehen, warum man eine doppelte Benennung für eine und dieselbe Sache einführen will. Denn wir haben in unsern Systemen auch obligationes positivas naturales und mixtas, und diese coincidiren ganz und gar mit den obligationibus immediatis und mediatis.

2) Es ist nicht räthlich, die Verbindlichkeiten in der positiven Rechtswissenschaft jemals nach dieser Eintheilung zu classificiren, und von derselben für das System Gebrauch zu machen. Die Grundsätze der Philosophen und Rechtsgelehrten über das, was nach dem Natur-Recht verbindlich ist, schwanken und wandeln sich von Tage zu Tage. Heute wird die Verbindlichkeit der Verträge mit Glück angefochten, morgen mit eben demselben Glück vertheidigt. Höpfner gestattet schon aus dem Natur-Recht einen Regreß gegen den Geschäftsherrn, wenn die Einwilligung desselben zu vermuthen war 17); tausend andre hingegen suchen mit Feuer und Schwerdt

ein

ein solches weitläuftiges Princip aus der natürlichen Rechtswissenschaft zu verbannen. Legt man also jene Eintheilung bey der systematischen Anordnung des positiven Rechts zum Grunde, so setzt man dieses, in Ansehung seiner Form, alle den Revolutionen aus, welchen das Natur-Recht vielleicht noch lange unterworfen seyn wird. — Wählt also lieber eine Eintheilung, welche selbstständig den Veränderungen des Wetters trotzt, und überlaßt es jedem, nach seinem individuellen System des Natur-Rechts sich anzumerken, welche Verbindlichkeiten er für mittelbare und unmittelbare halten kann und will. Es kann nicht genug wiederholt werden, daß man sich jetzt mehr wie je bemühen sollte, die Form des positiven Rechts von den natürlichen Begriffen unabhängig zu machen. Ich behalte es mir vor, diesen Satz bey einer andern Gelegenheit weiter auszuführen, und mit einigen, vielleicht noch merkwürdigeren Beyspielen zu belegen.

17) In der dem Naturrecht angehängten dritten Abhandlung: Kurze Erörterung der Frage: ob die vermuthete Einwilligung im Natur-Recht Statt finde? S. 278. 79. d. 4ten Ausg.

3) Es ist schlechterdings unmöglich, nach dieser Eintheilung ein irgend einfaches System des positiven Rechts zu Stande zu bringen, sondern man muß, wenn man sich consequent bleiben will, die ganze Masse des letzten so zerstückeln, die einzelnen Theile überall so aus ihrer natürlichen Verbindung reissen, daß am Ende mit der undankbarsten und verderblichsten Mühe nichts weiter als ein buntschäckiges, verwirrtes Machwerk herauskommen wird. Die aus einem Contract und einem Verbrechen entspringenden Verbindlichkeiten sind keineswegs unbedingt reine obligationes mediatae, sondern nur diejenigen, welche nicht der Willkühr des positiven Rechts ihr Daseyn verdanken. So würde z. B. ein großer Theil der Lehre von den Wirkungen der Stipulation gar nicht unter dem Titel der mittelbaren Verbindlichkeiten abgehandelt werden können, und eben so ein großer und noch größerer Theil der Lehre de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Der Systematiker müßte also die mehrsten zusammengehörigen Lehren erst so zerstückeln, zermalmen und durcheinander mischen, daß Saft und Blut des positiven Rechts ganz dabey verfliegen und vertrocknen würden.

4) Die

4) Die Vertheidiger der hier bestrittenen Eintheilung bezeigen viel zu viel gutmüthige Barmherzigkeit gegen die ersten Erfinder derselben, und bedecken den Fehler der letzten statt denselben zu rechtfertigen. — Wenn man doch etwas offenherziger wäre, und nicht durch untergeschobene Ideen alte Irrthümer aufzuputzen suchte! Laßt es uns nur gestehen: die Alten dachten bey ihrer obligatio immediata ganz etwas anders, als was wir, nach und nach von Irrthümern befreyt, unvermerkt den alten Worten untergeschoben haben. Es gab gewisse Fälle, wo der factische Grund der Verbindlichkeit in die Augen fiel, wo es leicht war, denselben mit einem besondern bekannten Namen zu belegen, z. B. die obligatio ex contractu, ex delicto. War es hingegen schwer, diesen äußeren Grund zu entdecken, oder durch einen bekannten Namen zu bezeichnen: so half man sich mit einem vagen allgemeinen Ausdruck, welcher wenigstens, wie ein vel non, das Ganze befaßte, ohne characteristische Merkmale anzugeben. In diesem Geist theilte Cajus ein, indem er schrieb: obligationes ex contractu sunt, aut ex maleficio, aut — proprio quodam iure ex variis causarum figuris 18), und

eben so entstand der schändliche Galimathias Modestins, wie Maurer sagt 19): obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut — *lege*, aut iure honorario, aut necessitate, aut peccato 20). Wir richten daher mit unsern neuen Begriffen nichts weiter aus, als daß wir eine Täuschung befördern helfen, und das Verstehen der Alten unendlich erschweren. So würde z. B. der, welcher nur allein die geläuterten Begriffe eingesogen hat, ganz außer sich kommen, wenn er fände, daß ein Schriftsteller die obligationes quae ex contractu et delicto, quasi ex contractu und quasi ex delicto entspringen, unbedingt zu den mittelbaren zählte, wie doch sehr allgemein geschehen ist 21).

18) L. 1. de Obl. et Act.

19) a. a. O. §. 12.

20) L. 52. l. cit.

21) Höpfners Comment. §. 730.

Im Grunde kann man also auch nicht die Eintheilung berichtigt nennen, oder sagen, sie sey allerdings gegründet, wenn man sie recht verstehe. Alten Worten, mit Wegwerfung der alten Begriffe,

se, neue Begriffe unterlegen, heißt nicht, jene recht verstehen, sondern für seine eignen Ideen eingeführte Zeichen leihen. Wenn wir jetzo unter ius gentium Völkerrecht denken, so ist dadurch die Bedeutung dieser Wörter, wie sie sich im Römischen Recht finden, nicht um ein Haar aufgeklärt oder berichtigt, und eben so wenig werden unsre aufgeklärten Begriffe von obligatio mediata und inmediata den alten zu statten kommen.

Besser wäre es, man sagte: die alte Eintheilung taugt nicht. Laßt uns dieselbe bis auf den Namen aus unsrer Wissenschaft vertilgen, und passendere Wörter für unsre berichtigten Begriffe aufsuchen, damit diese nicht durch die, den alten Zeichen anklebenden irrigen Vorstellungsarten verfälscht werden, und gegen Mißverständnisse gesichert sind.

Dreyzehnte Abhandlung.

Gehen die Erben des während der Deliberationszeit verstorbenen Erblassers dem Substituten vor, oder nicht? Gegen Crell.

In den älteren Zeiten gab es, außer der von Justinian L. 19. princ. C. de iure delib. erwähnten, keine Transmission des Antretungsrechts. Starb der Eingesetzte vor Antretung der Erbschaft, so kam die Reihe an den Substituten, die Miterben, die Intestaterben u. s. w. Theodos machte zuerst eine Ausnahme von dieser Regel zum Vortheil der Descendenten 1). Justinian erweiterte in der Folge diese Verordnung, und gab überhaupt allen Erben das Recht, binnen

1) L. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditat. transmitt. (6. 52.).

nen der gesetzlichen Deliberationsfrist die Erbschaft statt des Eingesetzten anzutreten 2).

Nach dem ältern Recht ward natürlich der Substitut den Erben des Erben vorgezogen, weil diesen überhaupt gar kein Antretungsrecht zustand. Allein wie ist es jetzt zu halten, da nach dem neuesten Recht der letzte Grundsatz völlig aufgehoben ist? Die Frage ist bis jetzt sehr bestritten gewesen, doch scheinen die mehrsten der Meynung zu seyn, welche Crell in einer eignen Abhandlung 3) vertheidigt hat, nämlich, daß der Substitut den Erben des Erben vorzuziehen sey.

Obgleich die Auctorität eines so scharfsinnigen und helldenkenden Mannes, wie Crell wohl in vorzüglichem Maße war, nicht ohne Gewicht ist: so glaube ich dennoch, daß die Gegenparthey das Recht auf ihrer Seite hat, und daß die Gründe, durch welche Crell seine Behauptung

 un-

2) L. 19. C. de iure deliberandi. (6, 30.).

3) Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur. Vitemb. 1734. (Dissertatt. et Programmatt. Crellianorum Fasc. III. n. 19.)

unterstützt, bey einer strengen Prüfung nicht bestehen können. — Da kein anderer Schriftsteller, soviel ich weiß, die vorliegende Frage scharfsinniger und ausführlicher, als Crell, erörtert hat: so werde ich mich hauptsächlich allein auf die Widerlegung der angeführten Abhandlung beschränken.

Crell vertheidigt seinen Satz im Wesentlichen durch folgende Gründe:

1) Wer einen Substituten ernenne, thue es in der Absicht, um ihn den Erben des instituti vorzuziehen, denn sonst würde er diese mit eingesetzt haben, wie dieß auch bey den Römern, wenn sie den Substituten hätten zurücksetzen wollen, geschehen sey 4). Die Präsumtion streite also stets für den Substituten.

Gesetzlich anerkannt ist diese Präsumtion nicht. Wir wollen sehen, wiefern sie in der Natur der Sache gegründet ist.

Es sind überhaupt drey Fälle möglich; entweder haben die Gesetze vorgeschrieben: 1) der Sub-

4) L. 85. de hered. inst.

Substitut soll im Zweifel den Erben, oder 2) die Erben sollen im Zweifel dem Substituten vorgehen, oder 3) es ist nichts darüber bestimmt, d. h. es ist ungewiß ob die Gesetze diesem oder jenem den Vorzug geben. Im ersten Fall müssen natürlich die Erben namentlich mit benannt seyn, wenn sie dem Substituten vorgehn; im zweyten hingegen müssen sie namentlich ausgeschlossen seyn, wenn sie ihm nachstehen sollen; im dritten endlich ist offenbar der beyderseitige Vorzug zweifelhaft. Gesetzt A ist institutus, B substitutus. A stirbt während der Deliberationsfrist, und seine Erben wollen die übrige Zeit zur Antretung benutzen. B will ihnen als Substitut vorgezogen werden, sie hingegen wollen ihm als Erben vorgehen. Worauf gründen beyde Theile ihr Vorzugsrecht? Unleugbar B auf die Regel: wenn der institutus wegfällt, so tritt der Substitut an die Stelle desselben; die Erben im Gegentheil stützen sich auf die eben so allgemeine Regel: wenn der institutus während der Deliberationsfrist stirbt, so ist es den Erben desselben erlaubt, an seiner Statt die Erbschaft anzutreten. Es ist hier also, wie man sieht, unleugbar eine Collision zweyer Regeln, deren eine, wenn sie

vorgezogen wird, die andre für den vorliegenden Fall gänzlich aufhebt. Allein welche ist hier die regula restringens, und welches ist der Grund, warum sie zur restringirenden gemacht wird? Der Substitut wird den Erben sagen: hätte der Testator gewollt, daß ich euch nachstehen sollte: so würde er mich für diesen Fall ausgeschlossen haben. Die Erben hingegen werden ihm erwiedern: hätte uns der Testator dir nachsetzen wollen: so würde er dich vorgezogen haben. Es ist hier also, so gewiß, als sich etwas mathematisch beweisen läßt, ein Fall, wo durchaus ein Schnitterurtheil gefällt werden muß, wenn man keine anderweitige Gründe vorbringen kann, aus welchen sich ergiebt, daß die Gesetze den Substituten dem Erben, oder den Erben dem Substituten vorziehen. In der Substitution an sich liegt mithin kein Grund des Vorzugsrechts, und wenn Crell einen solchen darin zu finden glaubt, so schließt er, ohne es zu wissen, im Zirkel d. h. unter der zu beweisenden Voraussetzung, daß der Substitut den Erben im Zweifel vorgehe.

Die Römer hatten freylich in älteren Zeiten die Sitte, die Erben namentlich zu benennen,

wenn

wenn sie ihnen den Substituten nachsetzen wollten. Allein warum? Weil es damals gar keine Transmission gab. Crell argumentirt also wieder im Zirkel, wenn er aus dieser Sitte für seine Behauptung entscheidende Gründe hernimmt.

Weder scheinbarer noch bündiger scheint mir

2) das folgende Raisonnement zu seyn, dessen sich Crell und seine Anhänger bedienen: ein correctorisches Gesetz sey strict zu interpretiren, und eine nachfolgende allgemeine Vorschrift hebe die besondern vorhergehenden Bestimmungen nicht auf. Nun aber sage Paulus 5) ausdrücklich: si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres, antequam adiret, decesserit: nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non solet. Diese besondere Vorschrift werde mithin nicht durch die allgemeine der L. 19. C. cit. aufgehoben.

Es

5) L. 72. de acquir. vel omitt. hered.

Es werden einige Zurüstungen nöthig seyn, um dem Leser die Unrichtigkeit dieses Raisonnements von allen Seiten bemerklich zu machen.

Was heißt strict interpretiren? Gewöhnlich spielt der Jurist mit dieser Redensart. Der eine versteht dieß, der andre das darunter. Jeder nimmt nach Gelegenheit der Sache den Sinn an, welcher ihm der bequemste ist. — Wir müssen daher vor allen Dingen über die verschiedenen Bedeutungen aufs Reine kommen.

Ein Gesetz ist entweder zweydeutig, oder nicht; jenes, wenn dasselbe vermöge des Sprachgebrauchs eine doppelte Auslegung zuläßt 6), dieses, wenn die Worte nach dem Wortverstande deutlich, bestimmt,

6) Z. B. das Gesetz sagt: der Nutznießer ist possessor. Wie ist das zu verstehen? Bald heißt possessor jeder, welcher die Sache aus einem rechtlichen Grunde und in rechtlicher Absicht (animo possidendi) detinirt, und dann sind auch die, welche nomine alieno besitzen, (die possessores naturales s. str.) possessores; bald versteht man nur denjenigen Besitzer darunter, welchem alle auf die Schützung und Wiedererlangung des Besitzes abzweckende Rechts-

stimmt, und keiner alternativen Auslegung fähig sind. Legt man nun ein correctorisches zweydeutiges Gesetz so aus, daß man die Worte in dem Sinn nimmt, welcher am wenigsten von den vorhergehenden Grundsätzen entfernt 7): so heißt dieß eine stricte Interpretation.

Ist hingegen das Gesetz nicht zweydeutig, so kann dasselbe interpretirt werden: 1) restrictive, wie man es nennt, wenn man die Sphäre des Gesetzes weiter einschränkt, als es die Worte mit sich bringen; 2) extensive, wenn

Rechtsmittel zustehen (possessor suo nomine). Hier ist also eine eigentliche Ambiguität, wenn man das Gesetz nicht aus andern Quellen erklären kann. Ein andres Beyspiel s. in L. 3. §. 2. pro socio.

7) Als Beyspiel kann hier die L. 35. C. de inoffic. test. dienen. Si quando talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamentifactio conceditur: nihil aliud videri principem concedere, nisi ut habeat legitimam et consuetam testamentifactionem; neque enim credendum est, Romanum principem, qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatam atque inventam, evertere.

wenn die Sphäre des Gesetzes über den grammatischen Sinn desselben erweitert wird, und endlich 3) declarative, wenn die Worte weder gegen den Wortverstand ausgedehnt noch beschränkt werden. Nicht allein die einschränkende Erklärung eines zweydeutigen Gesetzes, sondern auch die restrictive und declarative Interpretation, pflegen, wie es grade die Bequemlichkeit mit sich bringt, sämmtlich mit dem Namen der stricten Interpretation belegt zu werden. Nur die erste werde ich die stricte, die zweyte die restringirende, und die dritte die wörtliche oder Verbal-Interpretation nennen.

In welchem Sinn sind nun correctorische Gesetze strict zu interpretiren? Die Entscheidung dieser Frage kann allein aus der Natur der Sache hergeleitet werden, weil wir hier ganz von gesetzlichen Auslegungsregeln verlassen sind.

Der Gesetzgeber bedient sich der Sprache, um seinen Willen kund zu thun, und zwar der Sprache, wie der gemeine Gebrauch den Sinn derselben bestimmt hat. Dem Rechtsgelehrten liegt es ob, die Gesetze auszulegen, wie sie ihm ge-

gegeben sind, nicht das Recht zu beurtheilen, den Gesetzgeber zu richten, und seine Ueberzeugungen in die Gesetze hineinzulegen. Die wörtliche Interpretation geht also allen andern vor, und ist nur dann zu verlassen, wenn es historisch erweislich ist, daß der Gesetzgeber nicht sprach, wie er dachte. In diesem Sinn sind also alle Verordnungen, correctorische und nichtcorrectorische, strict oder vielmehr wörtlich auszulegen, aber auch wörtlich im ganzen Umfange (quam plenissime interpretari debemus, wie Javolen 8) sagt) d. h. so, daß man sich jede kleinste sprachwidrige Einschränkung untersagt, und alle vorhergehenden Bestimmungen als aufgehoben ansieht, sobald sie, direct oder indirect, dem Wortverstande des correctorischen Gesetzes widerstreiten 9). Treten hingegen Gründe ein, welche überhaupt eine restringirende oder ausdehnende Erklärung nothwendig

8) L. 3. de constit. princip.

9) Es ist daher völlig willkührlich, wenn z. B. Cocceii iur. contr. L. 30. qu. 3. ungeachtet der deutlichen Bestimmung des J. J. J. de legat. den Satz aufstellt, daß in Codicillen keine Legate hinterlassen werden könnten.

dig machen: so wird so gut das correctorische, wie das nichtcorrectorische Gesetz beschränkt oder erweitert 10). Es ist mithin sowohl bey der stricten, als der restringirenden Erklärung kein Unterschied zwischen correctorischen und nichtcorrectorischen Gesetzen.

Soweit von dem Fall, wenn das Gesetz nicht zweydeutig ist. Allein angenommen, daß eine eigentliche Ambiguität vorhanden ist, muß alsdann das

10) Gewöhnlich behauptet man, correctorische Gesetze sind nicht über die Worte auszudehnen *). Warum nicht, wenn überhaupt haltbare Gründe für die Ausdehnung sind? — Bis jetzt hat noch Niemand jene Regel vernünftig erwiesen. — Die römischen Juristen befolgten, wie jeder weiß, überall den von mir vertheidigten Grundsatz, und auch von den neueren haben sich viele dafür erklärt z. B. *Gribner* diss. utrum fratres querel. inoff. test. instituent. probare teneantur, se non fuisse ingratos. §. 13. *Frantzke* comm. ad P. L. 1. T. 3. n. 53. 54. Weber v. d. natürl. R. §. 63. not. 3. S. 225. *Forster* a. a. O.

*) Die Meynungen der älteren Juristen, und ihre fast unbegreiflichen Distinctionen und Ampliationen in dieser Materie findet man weitläuftig erzählt von *V. G. Forster* de iuris interpr. L. II. c. 2. §. 2. (Otto Thesaur. T. II. p. 1015. sqq.)

das correctorische Gesetz vorzugsweise strict interpretirt werden? Wohl ohne Zweifel. Denn ungeachtet es ein unwandelbarer Grundsatz ist, daß das correctorische Gesetz alle älteren contrairen Verordnungen aufhebt: so hebt es diese doch nur in so weit auf, als es deutliche Gründe dazu enthält; nur in sofern, als das ältere Recht durchaus nicht mit dem neueren bestehen kann. Nun aber ist es bey einer Zweydeutigkeit immer zweifelhaft, welcher Sinn mit den Worten zu verbinden ist. Da aber das ungewisse Recht dem gewissen Recht weichen muß: so ist von den verschiedenen möglichen Bedeutungen nur diejenige anzunehmen, durch welche das gewisse bestehende Recht am wenigsten eingeschränkt wird 11).

Aus

11) Ein Beyspiel aus den Gesetzen selbst s. not. 7) Hierauf gründet sich auch die bekannte Regel, daß singulaire ältere Bestimmungen durch ein neueres allgemeines Gesetz nicht aufgehoben werden, sofern sie nämlich nicht aus einem Grundsatze gefolgert wurden, welchen der neuere Grundsatz aufhob. Denn die Gesetzgeber haben bisjetzt stets die Unart gehabt, Regeln durch Ausnahmen aufzuheben, nicht aber die Regel nach den Ausnahmen zu beschränken gesucht.

Aus diesem allen folgt nun, daß correctorische Gesetze vorzugsweise strict, in dem von mir bestimmten Sinn, auszulegen sind, nicht aber restringirend, als nur, wenn hinzutretende äußere Umstände dieß nothwendig machen. Wörtlich hingegen sind sie zu verstehen, wie jedes andere Gesetz, und zwar unbeschränkt nach dem vollen Sinn des gemeinen herrschenden Sprachgebrauchs.

Jetzt zur Sache. Die Erben sollen dem Substituten nachstehen, weil die singulaire Vorschrift der L. 72. cit. nicht durch L. 19. C. cit. aufgehoben sey. In der Unbestimmtheit dieser Worte liegt die eigentliche Beweiskraft für Crells Behauptung. Was ist eine singulaire Vorschrift? Eine specielle Entscheidung eines besonderen Falles überhaupt, oder eine besondere Bestimmung, welche nicht aus einer allgemeinen mit dem neueren Grundsatz in Widerspruch stehenden Regel abgeleitet wär? Nur im letzten Verstande wird ein singulaires Recht durch das corretorische (strict zu interpretirende) Recht nicht aufgehoben 12);

nicht

12) S. die vorhergehende Note. Glücks Commentar 1. Thl. §. 93. Not. 16. S. 500. d. erst. Ausg.

P.

nicht aber allgemein im ersten, sondern nur in sofern, als die besonderen Bestimmungen eigentlich singulaires Recht sind. Ich setze, es war allgemeiner Grundsatz: der dolus causam dans macht jedes Geschäft nichtig. Hieraus folgerten die Juristen, Kauf, Tausch, Pacht u. s. f. werden durch einen solchen dolus aufgehoben. Diese besonderen Entscheidungen für besondere Fälle stehen in den Pandecten. Jetzt wird ein Gesetz gegeben: der dolus hebt die Gültigkeit keines Geschäfts auf. Will man hier die besonderen Entscheidungen als gültig beybehalten: so ist das neuere Gesetz völlig ohne Wirkung, sobald aus dem alten Grundsatz jeder Fall entschieden wurde. Eine solche Interpretation ist aber sinnlos, mithin fällt der alte Grundsatz mit allen seinen Folgen — denn das ist es eigentlich, worauf es ankommt — über den Haufen.

Also: ein correctorisches Gesetz hebt das singulaire Recht nicht auf, weil es — nach bisheri-

P. *Müller* de Reg. iur. ad L. 80. *J. N Hert* de collisione legum. Sect. IV. §. 1. (opusc. Vol. I. p. 118.)

Sitte — zweifelhaft ist, ob dasselbe nicht als Ausnahme gelten sollte. Es bleibt mithin nur zu untersuchen, ob die L. 72. cit. wirklich singulaires Recht enthält?

Auf meine Grundsätze gestützt, verneine ich die Frage ohne Bedenken. Das Gesetz ist eine bloße Folgerung aus dem ehemaligen Grundsatz, daß der deliberirende Erbe sein Antretungsrecht niemals transmittire. Denn es ist gezeigt, daß das Vorzugsrecht des Substituten nothwendig aus einer ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze hergeleitet werden muß. Hätten sich also die Juristen recht an jene Regel gehalten — und eine andre zum Vortheil des Substituten gab es nicht, weil sie als überflüssig, thöricht gewesen seyn würde —: so hätten sie jene Entscheidung durchaus nicht begründen können, sondern ein Schnitterurtheil fällen müssen. Aus demselben Grundsatz folgerten sie: nach dem Substituten kommen die Miterben, nach diesen die Intestaterben, nach diesen der Fiscus. Die Erben des Erben blieben immer ausgeschlossen. Hier haben wir die Regel mit allen ihren Folgesätzen. Jetzt erschien die L. 19. und damit war das alte Recht in genere und in

specie

specie vernichtet, und zwar ganz, weil halbe Aenderungen, welche nicht durchgreifen, sondern nur Schnitterurtheile begründen, dem Geist der römischen Gesetzgebung durchaus widerstreiten. Will Crell dennoch die Gültigkeit der L. 72. vertheidigen: so bediene ich mich desselben Rechts, und ziehe die Miterben, die Intestaterben und den Fiscus, wie er den Substituten vor. Unsre Consequenz wird uns dann, wie ich hoffe, beyderseitig sehr bald zur Nachgiebigkeit zwingen.

Der letzte Grund daß

3) Justinian die Transmission nur deswegen eingeführt habe, um die Zahl der verfallenen Erbschaften zu verringern, wie aus dem ganzen Tit. C. de caducis tollendis deutlich erhelle, ist wohl unter allen der unbedeutendste. Ich gebe zu: Justinian hatte in dem angeführten Titel diesen Endzweck; — allein gab er den Erben des deliberirenden Erben nur in sofern das Antretungsrecht, als es nöthig war, um den Fiscus auszuschließen? — Davon steht kein Wort in dem Gesetz, und wenn auch Justinian die, ihm untergeschobene, Absicht gehabt hätte: so würde doch für uns diese Absicht gar nicht in Be-

tracht kommen können, weil die Existenz derselben nicht historisch erweislich ist.

Allein wir können Crell nicht bloß durch negative, sondern direct durch positive Gründe widerlegen. Man lese nur die erste Verordnung von Theodos und Valentinian über die Transmission: per hanc iubemus sanctionem in posterum valituram: filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non invicem sint substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, (sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint) in liberos suos, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, (si tamen hereditatem non recusant) nulla huiusmodi praescriptione sibi obstante, eam tanquam debitam vindicare. Quod scilicet etiam super legatis, seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet. *Siquidem perindignum est, fortuitas ob caussas,*

ſas, *vel caſus humanos*, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, avita vel proavita ſucceſſione *fraudari*, alioſque adverſus avitum vel proavitum deſiderium, vel inſtitutum *inſperato* legati *commodo*, vel hereditatis gaudere. Habeant vero ſolatium triſtitiae ſuae, quibus merito eſt conſulendum 13). Augenſcheinlich werden hier die Deſcendenten dem Subſtituten wie allen andern vorgezogen, und zwar deswegen, weil ihnen das zufällige Unglück ihres Erblaſſers nicht zum Nachtheil gereichen ſollte. Wer Jemand einſetzt, erwartet nicht, daß ihn ein Unglück verhindere, die Erbſchaft anzutreten. Er erwartet alſo auch, daß die Erbſchaft weiter auf des Erben Erben kommt. Theodos hat das Fehlſchlagen dieſer Erwartung ganz unmöglich gemacht. — Hier haben wir Gründe, welche der Geſetzgeber ſelbſt angiebt. Was kann nun wohl wahrſcheinlicher, der ganzen Analogie des Rechts gemäßer ſeyn, als, daß Juſtinian auf dieſen Gründen weiter fortbauete, und eine billige Meynung überhaupt annahm, welche er ſchon für be-

13) L. un. C. de his qui ante apert. tabulas heredidat. transmittunt (6, 52.)

besondere Fälle durch Aufnahme der Theodosischen Verordnung zu der seinigen gemacht hatte?

Zum Beschluß noch einen entscheidenden Grund für meine Behauptung! — Justinian sagt in L. 19. cit. der Erbe solle sein Recht auf seine eignen Erben transmittiren. Man braucht nur bey diesen Worten allein stehen zu bleiben, und Crell ist hinlänglich widerlegt. Was heißt Transmission? Nichts anders, als: Uebertragung meines Rechts auf einen andern. Es frägt sich also: worin besteht das Recht des Erben? Doch wohl darin, daß er durch Antretung den Substituten von der Erbschaft ausschließen kann? Sollen die Erben des Erben dieses Recht nicht gleichfalls haben, so ist hier ja gar keine Transmission; sie erhalten nichts von dem Recht des Erben, und alles, was geschieht, besteht darin, daß sie das Gesetz zu Substituten des Substituten ernennt. Es ist daher auch schwer einzusehen, wie Crell, Faber und Andere, welche den Substituten so sehr in Schutz nehmen, nur überhaupt von einer *Transmissio Justinianea* sprechen mögen.

Vier-

Vierzehnte Abhandlung.

Ueber und wider die gewöhnlichen Begriffe in Ansehung der verschiedenen Ausgaben der Pandecten und Novellen.

Noch jetzt giebt es nicht wenig Juristen, welche die alte Eintheilung der Pandecten-Ausgaben in Editiones Florentinas, Noricas und Vulgatas vertheidigen; aber selten verbinden die Vertheidiger derselben mit diesen Worten gleiche, und noch fast seltner bestimmte, deutlich gedachte Begriffe. Dieß gilt besonders von dem Begriff der Editio vulgata, dessen Merkmale gemeiniglich so roh, schwankend und räthselhaft angegeben werden 1), daß schon mehrere die ganze Eintheilung

1) S. überh. *Brenkmann* histor. Pandect. Lib. III. cap. IV. p. 260. 61. *Walch* in notis ad *Eckhard* herm. iur. §. 86. p. 104. 105. *Püttmann* miscellan. Lib. sing. cap. XXII. p. 196-199.

lung aus der Rechtswissenschaft haben verbannen wollen 2).

Genau genommen läßt sich dieser Streit im eigentlichen Verstande gar nicht durch eine Entscheidung endigen. In der Natur der Sache liegt kein Grund, warum man grade diesen Begriff mit dem Ausdruck Editio vulgata verbinden sollte, wenn man, ohne den Sprachgebrauch zu beleidigen, oder durch andre vernünftige Gründe entschuldigt, noch andre Begriffe damit verbinden kann. Will man sich z. B. eine Ausgabe darunter denken, welche am allgemeinsten verbreitet ist, und gewöhnlich von Richtern und Advocaten gebraucht wird; so ist nichts dagegen einzuwenden, so lange man nur nicht in diesem Character ein festes, bleibendes Merkmal für gewisse Ausgaben zu finden glaubt. Dieß würde den Begriff durchaus verwerflich machen. Denn welche Ausgabe ist je eine vulgata gewesen und geblieben? Eine Zeitlang gab es keine andre Ausgaben

2) Meurer über den Begriff von Lectio Vulgata in Rücksicht auf die Pandecten. §. 10. jurist. Obs. und Beobacht. Erste Samml. S. 200. Höpfner Comment. §. 6. n. 8.

gaben für den gemeinen Gebrauch, als die, welche gar keine florentinische Lesarten enthielten. Dann waren die Haloandrischen und andre zum Theil aus dem Florentinischen Manuscript geschöpften die gewöhnlichsten. Diese wurden wieder durch die unreinen Florentinischen verdrängt. Erschiene jetzt ein höchst wohlfeiler Nachdruck einer Monteferratischen Edition, so würden vielleicht bald alle florentinischen Lesarten aus den Gerichten verschwinden. Es lassen sich also nach jenem Begriff die Ausgaben nur für den Augenblick classificiren. Indeß, wenn man sich damit begnügt: wer könnte und möchte dann behaupten, daß der Begriff falsch, daß ein andrer besser und richtiger sey?

Eben dieß gilt von verschiedenen andern Begriffen, so fern man bey diesen allein stehen bleibt. — Allein ungeachtet manche dieser Begriffe an sich genommen gegen eine Widerlegung gesichert sind, und in sofern nur durch eine gütliche Vereinbarung ausgerottet werden können: so glaube ich dennoch, daß sich eine Eintheilung der Pandecten-Ausgaben aufstellen läßt, welche die Vertheidiger der gewöhnlichen Begriffe annehmen

müs-

müssen, wenn sie aufrichtig seyn, und es zulassen wollen, daß man sie aus ihrem Zweck und ihren Handlungen widerlege.

Alle Schriftsteller, welche ihre Begriffe nicht ganz unlogisch contradistinguiren, und die Eintheilung der Ausgaben in Florentinas, Noricas (oder mixtas) und Vulgatas annehmen, stimmen in zwey Haupt-Punkten überein: 1) unter jener Eintheilung sollen alle vorhandenen Ausgaben begriffen werden, und zwar 2) so, daß sie sowohl für die Gegenwart, als die Zukunft gilt, daß mithin eine sogenannte Editio vulgata zufolge derselben immer vulgata war und bleiben wird. Legt man diese beyden Hauptsätze zum Grunde, und setzt dann eine Zeitlang die besondern Meynungen bey Seite: so glaube ich, daß es allerdings möglich ist, zu einem endlichen und festen Resultat zu gelangen.

Nur Einen Satz postulire ich, nämlich daß die, außer dem Florentinischen Mspt. vorhandenen Handschriften der Pandecten nicht von jenem abstamme. Die ersten unterscheiden sich von diesem dadurch, daß sie einstimmig eine Menge eigenthümlicher theils richtiger Inscriptionen und Lesarten, einstimmig gewisse in jenem

feh-

fehlende und nicht fehlende Gesetze, Paragraphen und Redetheile enthalten, und nicht enthalten; daß sie einstimmig eine gewisse eigenthümliche Ordnung befolgen u. s. w. Dieser, von Grandius, Schwarz und Grupen vorzüglich bemerklich gemachte Thatumstand scheint mir so überwiegende Gründe gegen die Behauptung des Augustin zu enthalten, daß ich durchaus nicht einsehen kann, wie man sich noch zu dieser bekennen mag, selbst nachdem dieselbe an Guadagni einen so äußerst gelehrten, scharfsinnigen und gewandten Vertheidiger gefunden hat. Alle übergehen grade dieses, vielleicht einzig haltbare Argument mit einer Flüchtigkeit, welche nur zu sehr ihre Schwäche verräth, und gewiß würden schon weit mehr Schriftsteller sich gegen Augustin erklärt haben, wenn nicht bis jetzt die Gegner desselben, und unter diesen besonders Grupen, zu sehr Advocaten gewesen wären, und durch Zusammenhäufen wahrer und falscher, erschlichener und erbetener Sätze ihre guten Seiten so sehr verdunkelt, und jenen Gelegenheit gegeben hätten, sich mit den gewöhnlichen Kunstgriffen gewandter Advocaten auch von ihrer Seite wieder aus der Schlinge zu ziehen.

Diese

Diese Handschriften nun, welche nicht vom Florentinischen Mspt. abstammen, kann man, weil sie zu den Zeiten der Glossatoren allgemein verbreitet waren, mspta vulgata, oder codices vulgatos, und die in ihnen enthaltenen, entweder vom Florentinischen Mspt. abweichenden oder nicht abweichenden Lesarten die lectio oder litera vulgata nennen. Dieser steht dann die lectio Florentina gegenüber. Dieß zum Grunde gelegt, so ergiebt sich die richtige Eintheilung der Pandecten-Ausgaben von selbst.

Nehmen wir nämlich eine beliebige Ausgabe, so können die Lesarten derselben nur entweder 1. aus Druckfehlern, oder 2. aus critischen Emendationen bestehen, oder sie sind 3. aus dem Florentinischen Mspt allein, oder 4. aus msptis vulgatis, oder endlich 5. aus beyden zugleich geschöpft. Nun aber lassen sich die Ausgaben nicht nach den Druckfehlern einander entgegensetzen, denn keine bisher erschienene ist ohne solche; und eben so wenig nach den in ihnen vorhandenen und nicht vorhandenen Emendationen. Denn jede hat deren mehr oder weniger aufzuweisen 3). Es blei-

3) Was die älteren Ausgaben aus dem 15ten und der

bleiben sonach, wenn man die Druckfehler und Verbesserungen zum genus aller macht, nur drey Arten der Ausgaben übrig: 1) *Editiones Florentinae*, welche allein ihren Stoff aus dem Florentinischen Mspt oder Abdrücken desselben 2) *Editiones vulgatae*, welche denselben allein aus msptis vulgatis oder Abdrücken derselben 3) *Editiones mixtae*, welche aus beyden zugleich geschöpft haben, also vermischt die lectionem Florenren-

der Mitte des 16ten Jahrhunderts anbetrifft: so weiß jeder, daß die licentia und petulantia critica damals noch unendlich mehr, als jetzt herrschte. Aber auch die nachher erschienenen Ausgaben haben sämmtlich ihre Emendationen, zum Theil aus Alciats, Buddäus, Augustins und Andrer Conjecturen, zum Theil aus der Haloandrischen Ausgabe. So steht z. B. in L. 4. §. 1. de statulib. im Florentinischen Mspt: veluti si heredi *miles* dedisset. In den msptis vulgatis: si heredi *mille* dedisset. *Guadagni* de codice Florentino C. XV. p. 102. 103. Nun sagte Augustin (emendat. L. II. c. 6. in f.) es solle gewiß *millies* heissen. Diese Conjectur ist in allen neueren Ausgaben, welche ich nachgeschlagen habe, aufgenommen. Solcher Beyspiele giebt es viele in jeder Ausgabe.

rentinam und vulgatam enthalten. Zu diesen gehört denn auch die Haloandrische Ausgabe, aber nur unter andern, daher es auch eigentlich keinen Sinn hat, wenn man die Editio Norica die Stelle des Gattungsbegriffs vertreten läßt 4).

In diesem Sinn giebt es nur Eine lectio Florentina, und nur Eine, wenn auch zu verschiedenen Zeiten und unter verschiedenen Umständen gedruckte Editio Florentina. Hingegen giebt es eine große Menge verschiedener Edit. vulgat. Im Ganzen stimmen freylich die mspta vulgata mit einander überein, aber jedes hat auch wieder seine besonderen Lesarten. Die lectio vulgata ist also verschieden, mithin auch die Ausgaben, deren Stoff aus jener besteht. Daß man dieses Umstandes wegen, wie Meurer a. a. O. will, die ganze Eintheilung verwerfen soll, dazu sehe ich keinen Grund. Die von mir angegebenen Merkmale sind solche, nach denen sich alle Ausgaben unverändert unterscheiden lassen. Es ist höchst wichtig und nothwendig, daß

4) Glück Commentar §. 52. S. 315. 16.

daß man von jeder Ausgabe wisse, ob sie sich von andern durch dieses oder jene Merkmal unterscheiden lasse, und wirklich haben bisher die mehrsten dieselben, wenn auch dunkel gedachten, Begriffe mit jenem Ausdruck verbunden 5): warum also einer Eintheilung den Namen bestreiten, deren wir in der Sache selbst gar nicht entbehren können?

Daß, wenn man unter lectio vulgata einen gewissen consensus librorum denkt, und dann von diesem Begriff weiter schließt, durchaus kein vernünftiger Begriff von Editio vulgata möglich ist, gebe ich Meurer mit voller Ueberzeugung zu. Diese Methode von dem Begriff der lectio aus, den Begriff der Editio bestimmen zu wollen, scheint mir allein Schuld daran zu

5) Als Beweis dieser Behauptung kann das gewöhnliche Allegiren mehrerer lectionum und editionum vulgatarum dienen; noch mehr aber die Classification der Ausgaben selbst, wie man sie bey verschiedenen z. B. *Walch* ad *Eckhard* p. 105. fgg. findet. Selbst die Definition des Herausgebers sagt das, was sie sagen soll, wenn sie nur etwas deutlicher ausgedrückt wird.

zu seyn, daß man sich bis jetzt noch nie über den Begriff der Editio vulgata verständigen und vereinigen konnte. Die alten Glossatoren mit ihrer Unterscheidung der litera Pisana und communis haben die entfernte Veranlassung zu allen nachherigen Verirrungen gegeben, aber ohne ihre Schuld. Weder Bulgarus, noch Azo, noch Accursius würden jemals analogisch von ihrem Begriff der litera communis geschlossen, und es sich angemaßt haben, einen Codex vulgatus in diesem Sinn zu besitzen 6). Die Neuern hätten die Ordnung umkehren, sie hätten die Ausgaben genetisch nach ihren Bestandtheilen unterscheiden, und so den Begriff der lectio festsetzen sollen. Bey dem umgekehrten Verfahren ist es unmöglich, zu einer richtigen Eintheilung zu gelangen, man mag nun den eben angeführten Begriff von lectio vulgata, oder andre gepriesene Begriffe zum Grun-

6) Aber wohl in dem von mir angegebenen. Dieß that z. B. Politian (Epist. L. X. cap. 4), indem er schrieb, er habe zuerst das Florentinische Mspt studiert, und mit *vulgatis exemplaribus* verglichen. *Brenkmann* hist. P. L. IV. c. 1. p. 309.

Grunde legen. So sagt z. B. Gebauer 7): quidquid huius rei fuerit, mihi vulgata lectio est, quae nec cum Florentina littera conspirat, nec Haloandri diligentiae debetur, nec ab aliquo MSS. a *Brenkmanno* inspectorum, nec ex Rehdigerano meo est profecta etc. — Einen solchen Begriff konnte Gebauer wohl festsetzen, um als Editor für die Noten gewisse Raum ersparende Zeichen zu erfinden; — aber wohin würden wir gerathen, wenn nun nach diesem Begriff alle Editiones non vulgatae classificirt werden sollten? — Ich begreife dieß nicht, so wenig, als ich einsehen kann, wie Meurer 8) zu sagen vermochte: Gebauer habe den wahren und haltbaren Begriff der vulgata ganz gesehen.

Da es von nicht geringer Erheblichkeit ist, zu wissen, woher die Bestandtheile jeder Ausgabe genommen sind: so wäre wohl nichts mehr zu wünschen, als daß Männer von ausgebreiteter Gelehrsamkeit und ächtem critischen Geist, wie

7) Narratio de *Henr. Brenkmanno* §. 29. S. 131.
8) A. a. O. §. 3. S. 194.

Cramer, Haubold, Koch u. a. es einmal unternehmen möchten, eine vollständige und genaue Classification aller vorhandenen Ausgaben zu entwerfen. Die falschen Begriffe, welche man jetzt von so vielen Ausgaben hat, und welche immer mehr einreissen, machen ein solches Unternehmen beynah nothwendig und unentbehrlich. Da ich durch die Güte und Freundschaft des Herrn Prof. Cramer, welcher einen seltenen Schatz der merkwürdigsten und vorzüglichsten Ausgaben besitzt, in den Stand gesetzt gewesen bin, mir selbst durch eigne Vergleichung einen kleinen Vorrath litterairischer Notizen zu diesem Endzweck einzusammeln: so mögen, bis dahin, daß ein andrer etwas reiferes und vollendeteres liefert, folgende Bruchstücke einstweilen die Stelle einer vollständigen Classification vertreten.

Editiones Florentinae sind mir solche, welche ihren Stoff unmittelbar oder mittelbar allein aus dem Florentinischen Mspt, Editiones vulgatae welche denselben unmittelbar oder mittelbar allein aus msptis vulgatis schöpften. Diese Begriffe lege ich zum Grunde, jedoch mit folgenden näheren Bestimmungen und Einschränkungen.

Wir

Wir haben bisher noch nie eine reine Florentinische Edition gehabt, und werden auch nie eine solche erhalten, weil jeder Herausgeber und Verleger allen nutzen, von allen gewinnen, und nicht bloß für die immer geringer werdende kleine Anzahl der Critiker arbeiten will. Sinnlose Stellen des Florentinischen Mspts sind in allen Editionibus Florentinis durch Critik und aus den mſptis vulgatis verbessert, und eben so sind aus diesen ausserdem noch manche Lücken ausgefüllt. So heißt es z. B. in dem Florentinischen Mspt in L. 1. §. 32. depoſiti: quem dominum eius puta Stichum quum non eſſet 9), in den mſptis vulgatis hingegen: quem dominum eius putaſti quum non eſſet. Diese offenbar bessere Lesart ist sowohl von Taurell als Gebauer an die Stelle jener sinnlosen gesetzt, und sogar, wie nicht hätte geschehen sollen, ohne irgend ein Zeichen, ohne irgend eine den Fehler des Mspts anzeigende Anmerkung. In der Regel werden indeß von Taurell die recipirten Worte immer mit ( ) eingeschlossen, und solcher Stellen giebt es nicht wenig in dieser und allen Florentinischen

9) Brenkmann hiſt. P. L. II. c. V. p. 150.

Ausgaben, weil der sinnlosen Stellen des Mspts nicht wenig sind, und diese oft aus den mspis vulgatis verbessert werden können. Dadurch allein also, daß aus diesen ein Wort oder ein Satz aufgenommen wird, um, wie Taurell sagt, der Stelle einen vollkommenen und richtigen Sinn zu geben d. h. um den Unsinn aus derselben zu vertreiben: dadurch allein wird eine Ausgabe noch nicht zur vermischten, zumal wenn die Verbesserung bemerklich gemacht wird. Da man nun bis jetzt einstimmig behauptet hat, daß es Editiones Florentinas gebe; so müssen wir zu diesen auch diejenigen zählen, welche offenbar sinnlose Stellen aus den msptis vulgatis verbessern, und offenbare Lücken aus diesen ausfüllen. Vermischte Ausgaben können sonach nur diejenigen genannt werden, welche, ohne das Florentinische Mspt zur Norm anzunehmen, aus diesem und den msptis vulgatis in gleicher Maße geschöpft haben, und in welchen der besser scheinenden Lesart des einen Mspts vor der minder besser scheinenden, wenn auch nicht grade an sich verwerflichen und sinnlosen Lesart des andern Mspts überall, oder in der Regel, oder nach einem willkührlichen Gutbefinden der Vorzug gegeben ist. Auch ge-

gehören hieher noch diejenigen, deren Herausgeber nur einen Theil der Lesarten des Florentinischen Mspts kannten, mithin, soweit das letzte ihnen unbekannt war, sich, durch die Nothwendigkeit gezwungen, an die mspta vulgata halten mußten.

Die Taurellische Ausgabe (Florent. 1553) ist bekanntlich die erste vollständige rein florentinische Edition, so weit nämlich eine solche durch die Kräfte und den Fleiß Eines Menschen rein geliefert werden kann. Die nächste nach dieser ist die Russardische 10). Rücker sagt von derselben: außer dieser Edition (der Taurellischen) ist fast in keiner, etwan die Russardische ausgenommen, der Florentinische Text, der auf dem Titel versprochen wird, durchaus getreu

10) Jus civile, manuscriptorum librorum ope emendatum et perpetuis notis illustratum. *L. Russardo* auctore ect. Lugdun. ap. G. Rovillum. 1561. Fol. bald in 1, bald in 2 Bänden gebunden. Abdrücke derselben erschienen Antwerp. ap. Plantin. 567. 6. B. 8 und 1569. 70. ibid. *Brenkmann* hist. P. p. 271. *Gebauer* narratio p. 145. 146.

dargestellt 11). In Ansehung des ersten (nicht des letzten) Theils dieses Urtheils stimme ich Rücker vollkommen bey. Ueberall wird man die Ordnung und die Lesarten des Florentinischen Mspts, selbst die schlechten und sinnlosen, finden. Bloß am Rande sind eine ziemliche Menge Varianten aus andern Mspten angemerkt. Allein eben dieß gilt, wie ich aus eigner Vergleichung weiß, von den Ausgaben des Pacius 12), und nach andrer Zeugniß auch von der, mir bis jetzt noch unbekannten, Ausgabe des Charondas 13). Nach den

11) J. C. Rücker über einige Ausgaben des corp. iur. civilis. (In Siebenkees neuem jurist. Magaz. 1. B. S. 196.).

12) Digesta, Codex, Novellae etc. Studio et opera *Julii Pacii*. Excudebat Eustach. Vignon. Atrebat. 1580. vulgo II. B. Fol. Auch ibid. eod. ann. in 9 Theilen 8. (Gewöhnlich nicht in so viel Bände gebunden.) *Brenkm.* p. 272. *Gebauer* p. 147. 148.

13) (Corp. iur. civ.) ap. Ch. Plantinum cura *L. Charondae*. Antwerp. 1575. Fol. Ohne Abtheilung in Bände. *Brenkmann* p. 172. P. F. Weis Progr: Etwas über die in den Pandecten vorkommenden Zeichen, namentlich die Russardische Note.

den von Brenkmann aus der Vorrede des letzten angeführten Worten: „Itaque plura exemplaria, quae antiquissima et manuscripta invenire potui, cum libris Florentiae aliisque in locis editis contuli, et doctissimorum quorundam nostri temporis ICtorum exemplo confirmatus, *quod mihi probabilius visum est, publicis monumentis consignare volui*“ 14), scheint die Ausgabe eigentlich zu den vermischten zu gehören. Auch sagt Grupen 15): „Es ist vom Charonda zuviel gesagt, wenn er in seiner Dedication behauptet, daß er mit den zu Florenz edirten Libris Pandectarum die ältesten exemplaria und mspta, die er finden können, conferirt. Nachdem ich meine Edit. Florentin. Taurelli mit meiner Editio Charondae conferirt, so muß ich mich verwundern, wie ein Mann, der

te. Marb. 1793. 4. S. 5. not. e. Höpfner (Comment. §. 17. not. 11.) sagt von derselben: „in den Pandecten ist die Taurellische Ausgabe aufs genaueste abgedruckt.“

14) *Brenkmann* hist. P. p. 297.

15) Observatt. rer. et antiqu. germ. Obs. 15: Wie die Pandecten von den verworrenen notis characteristicis Editorum ꝛc. zu säubern ꝛc. S. 277.

ein Corpus iuris, und mit solchem die Libros Pandectarum ediren wollen, die Zeit, da die Editio Taurelli schon 19 Jahre dem Publiko vor Augen gelegen, solche Edition vorüber lassen, und noch dazu vom Munde geben können, daß er solche bey seiner Edition conferirt." — Allein der Herr Prof. Weis erinnert dagegen a. a. O. „Wenn Grupen sagt ꝛc.: so glaube ich, daß dem Charondas zuviel geschehe. Ich fand seine Pandecten-Ausgabe mit der Taurellischen noch in allen Fällen, da ich eine Vergleichung anstellte, genau übereinstimmen. Er nahm auch die Adnotata, welche Taurell der Florentinischen Edition vorsetzte, und Russard übersah, meistens in seine Ausgabe auf, oder zeigte doch wenigstens den Inhalt davon an. Ein gewisser Beweis, daß Charondas die Taurellische Ausgabe wirklich verglichen habe." — Dieses Zeugniß ist mir um so glaubwürdiger, da Grupens Eifer eigentlich gegen die berüchtigte nota characteristica des Russard gerichtet war, welche auch nachher von Charondas und Pacius angenommen ward. Die bittern Vorwürfe, wodurch Grupen alle drey verfolgt, betreffen also nur den unschicklichen Gebrauch jenes

Zeichens; und freylich, wenn man dieses Zeichen so versteht, wie Grupen, nämlich daß dadurch die im Florentinischen Mspt nicht befindlichen Lesarten angedeutet werden sollen: so lassen sich alle von der Beschuldigung des offenbarsten Betruges keineswegs befreyen. Allein der Herr Prof. Weis hat gezeigt 16), daß Russard dadurch nichts weiter sagen wollte, als: diese Lesart steht entweder nicht im Florentinischen Mspt, oder in andern Mspten. Nimmt man dieß an, so bleibt es freylich dennoch ausgemacht, daß Russard und seine Nachfolger ihre Sache schlecht gemacht haben, und daß man bey ihrer Ausgabe der Ausgabe des Taurell nicht entbehren kann; allein viele der bisherigen Vorwürfe fallen doch nunmehr weg, und wenn man die Ausgaben vergleicht, so wird man finden, daß der Zweck der Herausgeber kein andrer war, als einen möglichst genauen Abdruck des Florentinischen Mspts zu liefern. Pacius nimmt selbst die offenbar irrigen Lesarten des Florentinischen Mspts auf, wobey jedoch mehrentheils die lectio vulgata am Rande bemerkt ist; und nur in Ansehung der In-

16) a. a. O. §. 6. S. 17.

Interpunctionen geht er seinen eignen Weg, weil er mit Recht glaubte, daß jedem die Befugniß zustehe, von Taurells oft irrigen Ideen abzuweichen. Man kann also die drey genannten Ausgaben wohl nur zu den fehlerhaften, vielleicht verunglückten Florentinischen, aber nicht zu den vermischten Ausgaben zählen.

Außer diesen zähle ich noch zu den Florentinischen Ausgaben die Lugdun. 1569. in 5 Fol. Bänden, ohne Benennung des Herausgebers erschienene glossirte Ausgabe. Vor den Pandecten steht: ex pandectis Florentinis quoad eius fieri potuit repraesentatae. Ganz rein ist freylich die Ausgabe nicht, denn es sind darin ziemlich oft des Sinns wegen lectiones vulgatae aufgenommen, doch werden diese in der Regel mit [ ] eingeschlossen. Manchmal sind aber auch diese vergessen z. B. in L. 2. de iure dotium, wodurch aber die Ausgabe nur fehlerhaft, keineswegs aber zu einer vermischten geworden ist. Uebrigens ist noch als eine Sonderbarkeit zu bemerken, daß in dieser Ausgabe, so wie in der folgenden, hin und wieder die Ordnung der Edit. vulgat. angenommen ist. So findet man z. B. noch

noch darin einen eignen Titel pro soluto, und die bekannte falsche Ordnung im Titel de Reg. Jur. Allein wie es scheint, legten die Editoren des sechszehnten Jahrhunderts wenig Gewicht auf diese Eigenthümlichkeiten des Florentinischen Mspts. Denn schon längst waren diese aus Augustins Emendationen bekannt, und demungeachtet findet man in den in der Note angeführten Ausgaben 17), in denen beyden diese Emendationen stark benutzt wurden, überall die alte Ordnung. Wahrscheinlich wollten die Herausgeber dem Practiker nicht durch solche Neuerungen beschwerlich fallen, von denen sie nicht einsahen, daß sie jemals irgend ein practisches Interesse haben könnten.

Eben so rein, und noch reiner als die vorhergehende ist die, gleichfalls ohne Benennung des Herausgebers Antwerp. ap. Christoph. Plantinum 5. B. Fol., erschienene glossirte Ausgabe. Im

17) (Corpus iuris civilis) apud Carolam Guillard, viduam Chevallonii, et Guilielmum Desbois. Paris. 1548 — 50. 5. B. 4. Glossirt. — (Corpus iuris civilis) Lugdun. ap. Hugo a Porta et Antonium Vincentium. 1551. 5. B. 4. Glossirt. *Brenkmann* l. c. p. 261. 62.

Im Titel de manumiss. test. ist von L. 30. an die richtige Ordnung, wie man sie jetzt in allen Gothofredischen Ausgaben antrifft; hingegen nicht im Tit. de R. J. Auch ist hier ebenfalls ein eigner Titel Pro soluto, und der Titel de conjung. cum emancipat. liberis dem Titel de ventre in poss. mittend. nachgesetzt. Im Uebrigen aber ist die Florentinische Lesart überall im Text und bey den Inscriptionen angenommen. Schien ja eine Abweichung nothwendig, so ward dieß 18) am Rande angezeigt.

Auch gehören, wenigstens laut des Titels, vielleicht noch die 1562 bey Hugo a Porta zu Lyon, und zwey zu Venedig 1574 und 1591 erschienene Ausgaben hieher 19).

Unter allen aber verdient die Contische Ausgabe von 1571 und 1581 20) wegen ihrer Rein-

18) S. z. B. L. 81. in f. ad SCt. Trebell.

19) *Brenkmann* p. 271. 72. 73.

20) (Corpus iuris civilis curante *Antonio Contio.* Lugdun. ap. Guilielmum Rouillum. 1571. 15. Theile. 12. (Gewöhnlich in weniger z. B. in der vor mir liegenden in 11 Bände gebunden.) Mit einem

Reinheit und Correctheit den Vorzug. Sie ist, so weit ich nur irgend eine Vergleichung habe anstellen können, unstreitig der genauste und sorgfältigste Abdruck des Florentinischen Mspts, und schon deswegen weit reiner und brauchbarer als die Ausgaben des Russard, Charondas und Pacius, weil der Herausgeber die Note des ersten ganz und mit vielem Unwillen verwirft. Contius sagt selbst in der Vorrede, er wolle die Taurellische Ausgabe ad amussim, et eodem prorsus exemplo, ne uno quidem jota demto, addito vel mutato liefern, und ich habe nirgend finden können, daß er, wie viele seiner pralenden Vorgänger, mehr versprach, als er hielt. Nur in Ansehung der Orthographie behielt er sich das Recht bevor, von Taurell abweichen zu dürfen. Ob das bisher gesagte auch von der früheren Octav-Ausgabe 21), und der glossirten

einem neuen Titelblatt. ibid. 1581. Frankf. gel. Anz. v. J. 1779. S. 577. *Brenkmann* l. c. p. 272. und 296. 297. *Gebauer* narrat. p. 146.

21) (Corp. iur. civ.) cum notis *Ant. Contii* et Summariis *Francisci Hotomanni*. Paris ap. Guilielm. Merlin et Sebast. Nivell. 1562. 9. vol. 8. *Brenkm.* p. 271. und p. 296. 97.

sirten Folio-Ausgabe 22), deren Daseyn gewissermaßen erst durch den Herrn Kanzler Koch für uns Deutschen entdeckt ist, 23) gilt, kann ich nicht mit Gewißheit bestimmen, weil ich nicht im Stande gewesen bin, diese Ausgaben zu Gesicht zu bekommen. Grupen sagt von der ersten: „Contii Edition von 1562 soll zwar laut der Vorrede in keinem Jota von der Florentina absetzen, allein in der Editione corporis iuris, das er 1566 in Fol. edirt 24), findet sich, daß er von der Florentina vieler Orten abgegangen, und sodann in margine notirt, wie zu Florenz gelesen werde, wie er denn auch die Notas Taurelli und Russardi in seiner Edition gar nicht aufgenommen" 25). Augenzeugen mögen beurtheilen, in

22) Paris ap. Sebast. Nivellum. 1576. 5. B. Fol.

23) S. Frankfurt. gel. Anz. v. J. 1779. S. 577 — 582. S. 663 — 664. S. 673 — 685.

24) Aller Wahrscheinlichkeit nach ist die Jahrszahl 1566 ein Druckfehler. Grupen besaß, wie ich aus den, dieserhalb eingezogenen, Erkundigungen mit Gewißheit weiß, nur die not. 21. angeführte Ausgabe von 1562, auch ist außer der von 1576 keine Contische Folio-Ausgabe bekannt.

25) a. a. O. S. 277.

in wiefern Grupen, welcher durch seine Heftigkeit nur zu leicht einseitig wurde, Recht hat, oder nicht. Daß Contius übrigens Taurells Zeichen nicht annahm, gereicht ihm nicht zum Vorwurf, da er das einzige, zum Wesen der Sache gehörende Zeichen des letzten, die Parenthese, auf andre Weise ausdrückte.

Die Gebauersche Ausgabe und der Plittsche Nachdruck derselben können wohl von Niemand für etwas anders, als Florentinische Ausgaben gehalten werden.

Verschiedene rechnen auch noch die Gothofredischen Ausgaben hieher, während andre, denen es nicht eben um deutliche Begriffe zu thun ist, dieselben sogar für Editiones vulgatas halten. Rücker hält sie für vermischte Ausgaben 26), und diese Meynung scheint mir auch allerdings die richtige zu seyn. Man muß nur nicht cursorisch hin und wieder vergleichen, sondern sich die Mühe geben, einen einzelnen Titel von Wort zu Wort mit einer editio vulgata und der Taurellischen Ausgabe zusammenzuhalten. So schlug

26) a. a. O. S. 195. 196.

schlug ich z. B. in der Pariser Folio-Ausgabe von 1628 über 50 Stellen aus verschiedenen Titeln nach einander auf, ohne weder in den Inscriptionen noch im Text irgendwo die lectio vulgata zu finden. Ja selbst schlechte, sinnlose Lesarten des Florentinischen Mspts fand ich ohne alle Anzeige besserer Varianten aufgenommen. Hingegen in dem einzigen kleinen Titel de pactis dotalibus fielen mir gleich folgende zum Theil ganz unnöthige Abweichungen von der Taurellischen Ausgabe auf. In L. 1. §. 1. setzt er hinter repetere aus der Vulgata *possunt*. In L. 4. pr. in dotem *converterentur*, Statt *converteretur*. In L. 14. *fiat*, Statt *fiet*. In L. 26. §. 5. Statt: ex *stipulato* fisco actio *quaereretur*: ex *stipulatu* fisco actio *quaeretur*. In L. 29. §. 2. Statt: quosdam ex servis manumisit: *et* quosdam ex servis manumisit; — alles lectiones vulgatae. Dagegen ist in eben diesem Titel in L. 23. *illi aut illi filiis* beybehalten, da diese sinnlosen Worte leicht aus einer Vulgata durch illis filiis, oder die Gebauersche Conjectur (illi e filiis) hätte verbessert werden können. So geht es überall. Offenbar sinnlosen Lesarten sind mehrentheils bessern lectiones

vul-

vulgatae nachgesetzt, und diese wiederum aufgenommen, wo der Sinn gar keine Aenderung der Sprache nothwendig machte. Es ist daher auch kaum einmal anzunehmen, daß Gothofred irgend ein festes Princip bey der Besorgung seiner Ausgaben gehabt hat, wenigstens sieht man durchaus nicht, welches vernünftige Princip? Beynah eben den Vorwürfen ist die S. v. Leeuwensche Ausgabe ausgesetzt 28). Uebrigens gebe ich gern zu, daß die Gothofredischen Ausgaben sich bey weitem am mehrsten auf die Seite des Florentinischen Mspts neigen. Dieß macht sie aber noch nicht zu einer Editio Florentina: denn sonst würde zum Wesen einer vermischten Ausgabe gehören müssen, daß sie grade die eine Hälfte der streitigen Lesarten hierher, und die andre derselben dorther genommen hätte.

Was die Editiones vulgatas betrifft, so sagt der Herr G. J. R. Walch 29) davon: „Nemo arbitrari debet, sub editione vulga-

28) Rücker a. a. O. S. 197. *A. G. Cramer* dispunct. iur. civ. c. 2. princ.

29) In notis ad *Eckhard* §. 84. p. 105.

ta libros ſaltem contineri, qui ante, quam Norica compareret, lucem publicam aſpexerint. *Quum illi in liberorum ditionis vulgatae numerum ſine ullo diſcrimine ac delectu ſunt ſcribendi;* etiam poſtea, quum iam Digeſta Haloandri in manibus eruditorum eſſent, prodierunt, qui in eundem caderent cenſum. Daß vor Politians und Bolognins Collationen 30) alle Ausgaben vulgatae waren,

30) Für die, welche nicht grade in dieſer Materie bewandert seyn möchten, bemerke ich hier folgendes. Der erſte, welcher eine eigentliche Vergleichung des Florentiniſchen Mſpts verſuchte, war *Angelus Politianus* († 1494). Vorhin hatte man nur aus Neugier, oder höchſtens in einzelnen ſtreitigen Fällen das Mſpt eingeſehen. *Brenkmann* L. I. c. XI. Politian trug ſich nämlich eine Menge Lesarten aus dem Fl. Mſpt bey eine alte Editio vulgata, auch ſchrieb er ſich aus jenem die Inſcriptionen bis zum Anfange des Digeſt. infortiati ab. Seine Collation war freylich unvollſtändig, ward aber im 15ten und der erſten Hälfte des folgenden Jahrhunderts ſtark benutzt. *Brenkmann* L. IV. c. I. Was er angefangen hatte, führte *Ludovicus Bologninus* († 1508) bey einer neuen Vergleichung noch weiter aus. *Brenkmann* L. IV. c. II.

waren, scheint mir allein richtig zu seyn; aber nach beyden fangen die Ausgaben schon an vermischt zu werden, und vielleicht sind seit 1510 und 1516, also schon lange vor Haloander, beynah gar keine reine Editiones vulgatae mehr erschienen. Zu den letzten gehören unter andern noch das berühmte Digest., dessen sich Politian bey seiner Collation bediente 31). Ferner

II. Beyde hatten sich aber gewiß nicht den zehnten Theil der Varianten des Fl. Mspts ausgezogen Zugleich mit Taurell nahm endlich *Anton. Augustinus* noch eine Vergleichung vor. *Brenkmann* L. IV. c. IV. *Otto* in praefat. ad T. IV. Thesaur. iur. Rom. Weil aber Taurell damals schon die oben genannte Ausgabe bereitete, so begnügte sich Augustin damit, vorläufig nur die wichtigsten seiner Entdeckungen und Bemerkungen in den libris emendationum (in Otto Thes. T. IV.) im J. 1543 bekannt zu machen. Fast alle Florentinischen Lesarten der Ausgaben vor 1553 sind daher aus Politians, Bolognins und Augustins Collationen geschöpft. Ich sage: fast alle. Eine Ausnahme s. bey der not. 56 unten angeführten Ausgabe.

31) Digestum vetus, infortiatum et novum. Venetiis per Joan. et Gregor Fratres Fulvienses. A. 1485. 3. B. Fol. *Brenkmann* p. 263.

eine mir bekannte Moteferratische Ausgabe 32). Auch sind unter denselben noch die bey Tortis herausgekommenen Ausgaben. Von diesen kenne ich ein Digest. vetus. Venetiis per Baptist. de Tortis 1494. Fol; ein eben solches von 1498; ein Digestum infortiatum von 1495, und noch ein solches von 1497; auch noch ein Digest. novum von 1494. Doch sind in diesen und den folgenden Jahren noch mehrere bey eben demselben erschienen 33).

Allein wahrscheinlich sind diese Ausgaben mit die letzten, welche den Namen einer reinen Editio vulgata verdienen. Brenkmann führt 34) eine Ausgabe des Corp. iur. von 1516 an, von welcher es unbezweifelt ist, daß Bolognins

32) Digestum vetus, infortiatum et novum Bernardini de Tridino de Monteferrato. Venetiis 1494. 3. B. Fol. glossirt. Auf der hiesigen Univ. Bibliothek, jedoch fehlt dabey das Digestum vetus.

33) *Brenkmann* p. 264.

34) (Corpus iuris civilis) secundum correctiones *Ludovici Bolognini*, ex Pandectis Pisanis. Lugdun. op. Francisci Fradin. A. 1516. V. B. Fol. *Brenkm.* p. 265.

nins Collation bey derselben benutzt ist, wie schon der von Brenkmann 35) abgeschriebene Titel weitläuftig anzeigt. Ich kenne diese Ausgabe nicht, aber dagegen ein (auf der hiesigen Univ. Bibl. befindliches) ebenfalls bey Fradin. 1511 herausgekommenes Digestum novum, worin es auf dem Titel unter andern heißt: mirabiles elucidationes Bolognini, textum et glossas enodantes hic inseruntur. In diesem finden sich freylich sehr selten Spuren einer lectio Florentina, und wenn sich ja eine solche findet: so möchte man noch immer zweifeln, ob nicht ein Codex vulgatus vielleicht eben diese Lesart gehabt hat; allein die Verbesserung des Textes scheint nicht bey diesem Theil der Zweck des Editors gewesen zu seyn, sondern nur die Erläuterung desselben, und der Glosse, wie auch das Argument nur allein anzeigt. Man findet daher auch viele

35) A. a. O. p. 323. — Diese Ausgabe ist wohl unbezweifelt ein Abdruck der 1510 bey Fradin erschienenen Edition, welche man beschrieben findet in *C. G. Schwarz* diss. an omnia pandectarum exemplaria, quae adhuc exstant, e Florentinis manaverint Altorf 1733 §. 16. (in exercitatt. academ. ed. *T. C. Harles* Norimb. 1783. p. 331.).

an den Rand gedruckte (oft unbedeutende) Bemerkungen Bologni ns, wo in eben dem Gesetz, worauf sich die Anmerkung bezieht, keine Abweichung von der lectio vulgata anzutreffen ist. Schwarz sagt a. a. O. von dieser Ausgabe: in solo digesto vetere sit mentio emendationum Ludovici Bolognini.

Die sogenannte Blaublommische Ausgabe 36) wird durchgehends zu den vulgatis gerechnet, allein, wie ich glaube behaupten zu können, mit Unrecht. Ich kenne sie freylich nur aus Büchern, aber nach dem, was Brenkmann von derselben sagt 37): usus quoque est Lazari Baysii Digesto veteri, quod ille, dum in Italia agebat, ad Politianeum exemplar castigaverat, gehört sie offenbar, wenigstens in Ansehung des ersten Theils, zu den vermischten Ausgaben. Es ist mir daher ebenfalls zweifelhaft, ob

36) Digestum vetus, novum et infortiat. ex castigatione Ludovici Blaublommii, ap. Claud. Chevallonium Lutet. 1523. 24. 3. B. Fol. *Brenkm.* p. 265.

37) A. a. O. p. 291.

ob die Stephanische Ausgabe 38), wie allgemein geschieht, unter die vulgatas versetzt werden kann. Denn gewöhnlich pflegt doch der letzte Herausgeber die Arbeiten seiner Vorgänger zu benutzen, welches hier, bey der damaligen fast abergläubischen Verehrung für das Florentinische Mspt, nur noch um so wahrscheinlicher ist. Daß selbst große Männer in diesem Theil der Litteratur z. B. Brenkmann 39) überall von einer Editio vulgata Blaublommii, Stephani, Baudozae u. s. w. sprechen, ist eine sehr verzeihliche Verwechslung. Es gehört zum Wesen der vermischten Ausgaben, daß sie lectiones vulgatas enthalten, und in sofern sind sie auch allerdings *Editiones* vulgatae. Hier ist die Verwechslung des Theils mit dem Ganzen sehr leicht, zumal wenn man sich nicht als Editor vorhin die Mühe gegeben hat, seine Begriffe von Editio vulgata deutlich und bestimmt zu machen. Allein die Verwechslung ist doch immer gefährlich, und

 am

38) Digestorum s. Pandectarum iuris civilis Volumina V. Paris ex officina Roberti Stephani, 1527. 8. *Brenkmann* p. 265. und 291.

39) *Gebauer* narratio p. 131.

am mehrsten für den, welcher sich unter Editio vulgata etwas Bestimmtes denkt, und bey andern eben diese bestimmten Begriffe voraussetzt. Denn angenommen man behauptete, um zu beweisen, daß vom Fl. Mspt alle andern abstammen: in den msptis (und also auch in den editionibus) vulgatis sey einstimmig im Tit. de R. I. die jetzige verkehrte Ordnung des Florentinischen Mspts. Was sollte nun der Anfänger antworten, wenn er in der sogenannten Editio vulgata Baudozae die richtige Ordnung fände? — Natürlich würde er, dem Urtheil andrer trauend, nichts anders erwiedern können, als: euer Beweis stützt sich auf einen falschen Thatumstand.

Man sollte also, um den verschiedenen Ausgaben ihren gehörigen Ort anzuweisen, eigentlich folgende Regeln aufstellen: 1) Alle Ausgaben vor Politian und Bolognin, oder bis zu den ersten Jahren des 16ten Jahrhunderts, sind reine editiones vulgatae. 2) Von diesem Zeitpunct an bis auf die Erscheinung der Taurellischen Ausgabe sind fast alle vermischt, keine rein florentinisch. 3) Erst nach Taurell werden die florentinischen Ausgaben häufiger, doch

sind

sind die mehrsten fehlerhaft, und noch lange nicht so zahlreich, als die vermischten Ausgaben, welche sowohl vor, als auch nach Taurell in großer Menge bis auf den heutigen Tag erschienen sind.

Was endlich nun noch die vermischten Ausgaben betrifft, so rechne ich von den mir persönlich, oder sonst bekannten, außer den vorhergehenden, noch folgende hieher.

1. Die Haloandrische Ausgabe 40) nebst den Nachdrücken derselben 41). Diese ist bekanntlich theils aus msptis vulgatis theils aus Bolog-

40) Digestor. s. Pandectar. libri L. Editi Norimbergae per Gregor. Haloandrum. 1529. 4. bald in 2, bald in 3 Bände gebunden. *Hausfritz* memor. Haloandri. p. 23. sqq. *Brenkmann* L. 4. c. III. auch p. 74. 75. und p. 266. *Gebauer* p. 142. *Walch* ad *Eckhard* §. 84. p. 106 - 109. *Augustin.* in emendatt. überall.

41) (Corp. iur. civ.) ad exemplar G. Haloandri, qua licuit fide, castigatum. Paris ap. Carolam Guillard. A. 1540. XI. Vol. 8. *Brenkm.* p. 267. (Corpus iur. civ.) ex edit. Haloandri. Basil. ap. Thom. Guarinum. A. 1570. III. Vol. Fol. *Brenkmann* p. 272.

lognins Collationen geschöpft, und enthält ausserdem noch nach der bisherigen 42), aber nicht unbestritten gebliebenen 43) Meynung unsrer Juristen, eine unendliche Menge von critischen Emendationen. Dieß ist denn auch höchst wahrscheinlich der Grund, warum man diese Ausgabe als eine eigne Species allen andern contradistinguirt hat. Man fand nämlich in derselben eine Menge von Lesarten, welche weder aus dem Florentinischen Mspt., noch aus den Editionibus vulgatis geschöpft waren. Bey fast jedem Gesetz traf man eigenthümliche *lectiones* Haloandrinas an, und da man einmal gewohnt war, nach dem Begriff der lectio den Begriff der Editio zu bilden, so war der Uebergang zu der falschen Eintheilung leicht und natürlich. Daß aber diese Eintheilung durchaus irrig und unlogisch ist, fällt von selbst in

42) S. außer den vorhin angeführten *F. C. Conradi* vita Haloandri (in parerg. p. IV. fgg. auch in der praefation. parerg.). *Gebauer* narratio §. 28-31. Grupen a. a. O. p. 276. *Püttmann* miscell. c. 22. p. 205. *Conradi* in praef. ad *Gronovii* histor. Pandect. authentic. p. XII.

43) *A. G. Cramer* dispunct. iur. civ. lib. sing. p. 54-57.

in die Ausgen. Wenn eine Augabe nicht allein aus Emendationen besteht, so kann sie, in wiefern sie ihren Stoff nicht selbst geschaffen hat, — und dieß geschieht doch gewiß immer in hundert Fällen gegen Einen — nur aus dem Fl. Mspt., oder msptis vulgatis, oder beyden geschöpft seyn. Aus diesem Gesichtspunkt ist also auch jede Ausgabe entweder Florentina, oder vulgata, oder mixta. Wollte man ja die Ausgaben nach den in ihnen enthaltenen oder nicht enthaltenen, oder nach der größeren oder geringeren Menge ihrer critischen Emendationen von einander unterscheiden: so müßte dieß in einer Neben- oder Unterabtheilung geschehen. Man müßte sagen: diese vermischte, diese Florentinische Edition ist critisch, oder nicht critisch; nicht aber: diese Edition ist eine Florentina, diese eine vulgata, diese — eine critische. Eine solche Eintheilung ist sinnlos, und man kann sich daher auch nicht genug wundern, wie bis auf den heutigen Tag so viele, nicht bloß gelehrte, sondern auch scharfsinnige Männer sich haben mit den alten finstern Begriffen vertragen können.

2. Die

2. Die Hervagische Ausgabe 44). Brenkmann sagt davon: male autem haec editio cum Norica vulgo confunditur, et pro eadem a plerisque habetur 45). Noch jetzt halten sie indeß mehrere für einen bloßen Abdruck der Haloandrischen Ausgabe 46). Allein dieß ist erweislich falsch. Denn erstlich liefert hier Hervagius aus einem Mspt, welches Alciat aus Italien erhalten hatte 47), zuerst in dem Titel de excusat. tutor. das griechische vollständig, was man nicht bey Haloander findet, wie jeder bey einer flüchtigen Vergleichung finden kann. Außerdem aber heißt es auf dem Titel: non solum ad editionem Gregorii Haloandri diligenter collati, sed et Andreae Alciati consilio iudicioque in quam plurimis locis feliciter recogniti; und in der Vorrede sagt der Herausgeber nochmals, er sey zwar vorzüglich der vor-

44) (Corpus iur. civ.) Basiliae apud Joann. Hervagium. 1541. 4. B. Fol, *Brenkmann* p. 267. 68.

45) A. a. O. p. 292.

46) *Walch* ad Ekh. l. c. p. 108.

47) *Augustin.* ad Modestinum Lib. sing. ad §. 9. (Otto Thes. T. IV. p. 1568.)

vortrefflichen Haloandrischen Ausgabe gefolgt, indeß wären infinita loca Alciati iudicio et consilio repurgata. — Indeß kann man ganze Stunden suchen, bevor man auf eine Abweichung stößt, welches auch schon gewissermaßen a priori zu schließen ist, da Alciat, als ein so großer Bewundrer des Haloander, nicht ohne Noth eine Aenderung vornehmen konnte. — Diese nicht sehr beträchtlichen Abweichungen sind denn auch wahrscheinlich Schuld an der gewöhnlichen Verwechselung.

3. Die Portaische Ausgabe von 1547. 48) Brenkmann sagt davon: partim Noricam est sequutus, partim vulgatam. — — citat pandectas Florentinas, sed raro 49).

4. Die Vintimillische Edition 50). Noricam sequutus est; sed temperatam scriptura

48) (Corp. iur. civ.) ap. Hugo et haeredes Clemonis a Porta Lugdun. 1547. V. Vol. Fol. *Brenkmann* p. 268.

49) A. a. O. p. 292.

50) (Corpus iuris civilis) curante Vintimillio Rhodio. Paris ap. Carolam Guillard et Guilielm. Des

ptura Florentina 51). Vintimill hatte nämlich nicht allein Augustins Emendationen benutzt, sondern sich auch, wie er selbst in der Vorrede anführt, durch die Freunde des Taurell und Metellus, und durch andre Gelehrte viele Lesarten des Florentinischen Mspts zu verschaffen gewußt 52).

5. Die beyden oben not. 17. angeführten Ausgaben. Vor dem Digesto veteri der ersten steht: multa sunt restituta, cum doctorum virorum opera, tum maxime Antonii Augustini emendationibus (daher der gewöhnliche Name: *corpus iuris Augustini*) 53). Spuren, daß dieser Titel nicht zuviel verspricht, findet man überall; selbst von den Conjecturen Augustins ist Gebrauch gemacht (z. B. in L. 4. §. 1. de statulib.), aber nicht überall von dessen Bemerkungen, wovon

Des Bois 1548 — 50. IX. Vol. 8. *Brenkmann* p. 268. 69.

51) *Brenkm.* p. 293.

52) *Brenkmann* p. 77. und 293.

53) S. auch davon *A. G. Cramer* progr. de sigla Digestorum. Chilon. 1796. p. 14.

von oben schon Beyspiele vorgekommen sind. Auf dem Titel der zweyten Ausgabe steht: ex Pandectis Florentinis recognitus, emendatus, ut nihil quod puram putam eorum librorum lectionem attinet, desiderari possit. Allein dieß ist eine offenbare Lüge, da die Ausgabe augenscheinlich bey weitem am mehrsten aus msptis vulgatis geschöpft ist, und nach dem Zeugniß des Taurell (in praefat. P.) der Herausgeber bloß die dürftigen Annotationen andrer per fas et nefas zusammengescharrt hatte, auch nicht einmal alles Florentinische Lesart ist, was er dafür ausgab 54). Indeß ist die Ausgabe bey dem allen wegen ihrer, von dem Herausgeber sorgfältig gesammelten Varianten äußerst schätzbar, daher auch Brenkmann (p. 293) sagt: profecto omnium, quibus usi sumus, optima elegantissimaque editio, et non uno nomine laudanda, quantumvis suos naevos habeat.

6. Die Sennetonische Ausgabe 55). Größtentheils eine Editio vulgata, wobey, laut der

54) *Brenkmann* p. 77. und 292 — 93.

55) (Corp. iur. civ.) Lugdun. ad Salamandrae apud Fratres Sennetonios V. Vol. gr. Fol. glossirt. *Brenkm.* p. 269.

der Vorrede, noch ein Avignonsches Mspt benutzt ist, doch so, daß auch auf andre Lesarten Rücksicht genommen ward. Auch die Haloandrische Ausgabe ist dabey gebraucht.

7. Die Miräische Ausgabe 56). Der Herausgeber sagt in der Vorrede: „operae mihi pretium fore ratus sum, si e tribus editionibus, Florentina videlicet, vulgari, Haloandrina denique inter se collatis unam conflarem, — — adhibitis tamen signis aliquot, quibus alia ab alia internosci quiret. Cuiusmodi sunt * et [ ]. Nam asteriscus variantem lectionem indicat, praeposito scilicet Flo. quo Florentina, vel vul. quo vulgaris, vel Hal. quo Haloandrina lectio intelligenda est. Semiquadratula vero intercludunt ea, quae in Florentinis libris desunt, et in vulgari sive Hal. editione integra habentur." — Brenkmann

56) (Corp. iur. civ.) Paris ap. Carolam Guillard, viduam Claudii Chevallonii et Gulielmum Desboys. 1552. 53. VII. V. 8. Ed. *Lud. Miraeus Rosetanus. Brenkmann* schreibt p. 270. den Titel so: corp. iur. civil. cura *Haloandri*, welches aber augenscheinlich ein Druckfehler ist.

mann sagt darüber a. a. O. Imo illud praecipuum ac singulare habet haec editio, quae ex tribus illis conflata est, quod signa quaedam in contextu collocantur, quibus singula dignosci queant. — Etwas besonderes ist dieß wohl nur in sofern, als es vor Taurell geschah, daß ein Herausgeber gegen die Sitte der damaligen Zeiten sich eines vernünftigen Zeichens bediente, um dadurch die Quellen des Textes von einander zu unterscheiden. Nur Schade, daß sich Miräus nicht consequent blieb! Gewöhnlich wird freylich der Variante am Rande ein Flo. oder vulg. vorgesetzt, aber lange nicht immer; auch sind unendlich viele Varianten gar nicht bemerklich gemacht. Oft heißt es bloß *alias* z. B. in L. 24. de adopt. L. 3. de minor. L. ult. de his qui not. inf. L. 2. de procurator. L. 1. de Legat .II; und manchmal steht gar nichts davor z. B. in L. 7. de dol. mal. L. 15. de vulg. et pup. subst. — Was die Florentinische Recension betrifft, so erklärt sich Miräus in der Vorrede deutlich dahin, daß diese im Zweifel immer vorzuziehen sey, auch sagt er, er habe das Mspt eines Ungenannten gebraucht, et is quidem libros suos ita diligenter ad exemplar Floren-

tinum contulisse fertur, ut non solum ingentem emendationum turbam transscripserit, verum etiam singula errata insuper annotarit, quae in illo exemplari inesse deprehenduntur. Allein höchst wahrscheinlich war diese Collation sehr unvollständig. Denn an unzähligen Orten findet man im Text die lectio vulgata, ohne irgend eine Randglosse über die Lesart des Florentinischen Mspts. Auf der andern Seite aber findet man oft im Text die lectio Florentina, selbst in den Inscriptionen, welche die Ausgabe schon bis zum Ende ganz vollständig enthält, ohne daß dieß wieder am Rande bemerklich gemacht wäre z. B. in L. 1. fin. regund. L. 7. qui test. fac. poss. L. 2. de calumn. Uebrigens hat der Herausgeber auch von Augustins Emendationen Gebrauch gemacht, selbst in Fällen, wo man die Bemerkungen dieses sonst zu vernachlässigen pflegte. So hat er z. B. schon den Titel de coniung. cum emanc. lib. vor dem Titel de ventre in poss. mitt., keinen Titel pro soluto, und im Tit. de R. I. die richtige Ordnung des Florentinischen Mspts.

8. Eine

8. Eine mir noch bekannte glossirte Ausgabe 57) von 1575. Vor den Pandecten steht: ex Pandectis Florentinis et aliis recentioribus exemplaribus probatissimis — — recognitus, emendatus. Der Text ist aus allen Theilen gemischt, neigt sich aber bey weitem am mehrsten auf die Seite der Vulgata.

9. Die Baudozische Ausgabe 58). Gewöhnlich wird sie eine Editio vulgata genannt, aber ohne allen Grund. Man weiß eigentlich gar nicht, was man von den Grundsätzen des Herausgebers denken soll. Bald nimmt er im Text die Florentinische Lesart an, bald folgt er der Vulgata 59), das eine, wie das andre, oft ohne allen

57) (Corpus iuris civilis) Lugdun. 1575. V. Vol. gr. Fol.

58) Universi iuris civilis in quatuor tomos distributi corpus. Opera et studio *Petri ab Area Baudoza Cestii.* Lugdun. excudebat Gabriel Carterius. 1593. IV. Vol. 4. *Brenkm.* p. 273. *Gebauer* p. 149.

59) Z. B. in L. 20. qui pot. in pign. L. 23. de legat. III. L. 9. §. 5. de iur. et fact. ignor. L. 1. §. 5. de pollicit. L. omnibus 39. f. 40. de R. J. L. 45. de vulg. subst.

len Grund und ohne alle Beurtheilung. Bald zieht er in den Inscriptionen jene 60) bald diese 61) vor. In L. 30 — 34. Tit. de manumiss. test. hat er die Ordnung des Florentinischen Mspts nach der griechischen Correctur; im Tit. de R. J. und nach dem Titel de dotis collat. hingegen die Ordnung der Vulgata, und nach dem Titel d usurp. et usuc. einen eignen Titel pro soluto. Mir scheint daher auch das, was Brenkmann 62) über diese Ausgabe sagt, buchstäblich wahr zu seyn: „Miscuit hic Florentinam et vulgatam lectionem, et nimium diligens est in variis lectionibus undequaque corradendis, etiam quae nullius momenti, et vel mera typorum menda sunt. Has lectiones margini adlevit, praeter alias notas, quas e superioribus editionibus liquido solet describere. Confundit item editiones, unde lectiones adducit. Profecto maiore diligentia, quam iudicio haec editio confecta est. Plenior scriptura

60) Z. B. L. 32. de pignor. act. L. 1. fin. regund. L. 154. de V. S.

61) Vergl. L. 16. L. 27. de R. J.

62) A. a. O. S. 298.

ptura plerumque rectior est visa Baudozae; in aliis fere mediam viam insistit, verum aliquando satis infeliciter: passimque vacillat in eligenda scriptura. Est etiam, ubi utramque lectionem in contextum admittit. In eo tamen laudandus, quod vel minutissima diligenter et cum cura referat."

Doch es mag für jetzt in Ansehung der Pandecten an diesem Versuch genug seyn.

Auch in Ansehung der Novellen herrschen viele sonderbare, irrige und dunkle Vorstellungsarten, welche abermals nur zu deutlich beweisen, daß unsre mehrsten Juristen sich selten in dieser Materie die Mühe geben, selbst zu prüfen, was sie, ihren Vorgängern blindlings folgend, andre zu lehren unternehmen.

Gewöhnlich heißt es: es giebt dreyerley Ausgaben der Novellen, 1. die Editiones vulgatas, 2. diejenigen, welche nicht die alte lateinische Uebersetzung, oder den ursprünglichen lateinischen, sondern den griechischen Grundtext, oder 3. eine nach diesem letzten in den neueren Zeiten gemachte Uebersetzung enthalten. Die erste findet sich in

den gewöhnlichen z. B. den Gothofredischen Ausgaben; zu den zweyten gehört die Haloandrische und Scrimgersche Edition; zu den letzten endlich die Haloandrische Uebersetzung nebst den Supplementen und Verbesserungen des Agyläus, und besonders die Hombergkische Version. Soviel Worte, soviel Dunkelheiten, soviel halbwahre und halbfalsche Begriffe!

Editiones vulgatas kann man auf allen Fall nur die nennen, welche die den alten Glossatoren bekannten lateinischen Novellen, so wie sie zu den Zeiten jener waren, enthalten. Die Zahl dieser Novellen beläuft sich höchstens auf 119, und unter diesen sind nur 97, oder vielmehr genau genommen nur 95 glossirt, wie neuerlich von dem Hrn. Prof. Cramer vortrefflich gezeigt ist 63). Nun aber sind in allen Gothofredischen Ausgaben 168 (richtiger 167) Novellen; Hombergk hat eben so viel, und manche, welche weder bey Haloander noch Scrimger in

63) *A. G. Cramer* Progr. ad historiam Novellarum *Justiniani* Jmp. analecta litteraria. Kilon. 1794. S. 7 — 20.

in dem griechischen Text existiren, oder gar nicht aus dem griechischen übersetzt sind; mithin ist die Gothofredische Ausgabe keine reine editio vulgata, und die Hombergkische keine reine neue Uebersetzung. Es frägt sich also: woher haben beyde ihren Stoff genommen? — Die Untersuchung dieser Frage kann, wenn sie gelingt, am besten dazu dienen, die gangbaren Begriffe zu vernichten und aufzuklären.

Die erste griechische Ausgabe ist die des Haloander. Das Manuscript desselben war unvollständig, und er lieferte deshalb nicht mehr, als 143 griechische Novellen, doch auch selbst diese nicht vollständig, sondern zum Theil im Auszuge, zum Theil bloße Titel derselben 64). Unter diesen Novellen sind manche, welche sich nicht unter den vulgatis befinden, aber umgekehrt enthalten auch die letzten viele, welche man vergebens bey Haloander sucht. Bald nachher erschien die Ausgabe des Scrimger. Dieser hat freylich viele dem Haloander fehlende oder von

64) Das genauere Detail hierüber s. bey Cramer a. a. O. S. 20 — 24.

diesem im Auszug gegebene Novellen geliefert; dagegen aber fanden sich in seinen Manuscripten auf der andern Seite manche Novellen nicht, oder verstümmelt, welche Haloander theils im Auszuge, theils vollständig hat, nämlich Nov. 36. 37. 62. 65. 104. 138. 139. 143. 145. 150. 161. 163. 164. 165. Hiervon sind noch die von Scrimger zu den Edicten gezählten Novellen ausgeschlossen. Beyde können sich also wechselseitig suppliren, aber auch wenn dieß geschieht, wenn auch die Auszüge für ganze Novellen gerechnet, und die von Scrimger unter die Edicte versetzten Novellen wieder herbeygezogen werden: so kann man dennoch aus beyden nicht die Zahl der 167 Novellen zusammenbringen, und so vollständig machen, wie sie jetzt in allen neueren Ausgaben sind. Denn noch immer fehlen Nov. 9. 11. 34. 41. 166. 167. 168. ganz; von Nov. 23. 33. 114. existiren nur im griechischen kurze Auszüge, indem sie sich in lateinischen Handschriften vollständig finden; auch sind Nov. 6. in fin. Nov. 7. in praef. und Nov. 17. in praef. in den letzten unverstümmelt, welches sie hingegen im griechischen Text nicht sind. Die eben angeführten fehlenden Novellen lassen

sich

sich indeß aus Julian und andern Quellen suppliren.

Will man also die 167 wenigstens vollzählig und, so weit es angeht, vollständig machen, so muß man 1. die Ausgaben des Haloander und Scrimger in einander greifen lassen; 2. man muß aus den vorhandenen lateinischen Novellen suppliren, was im Griechischen ganz oder zum Theil fehlt, und 3. die übrigen Lücken, so viel es sich thun läßt, aus Julians Auszuge u. s. w. zu ergänzen suchen. Nur dadurch läßt sich etwas einigermaßen vollständiges zu Stande bringen. Da nun aber in den vorhandenen lateinischen Novellen manches fehlt, was die griechischen haben, und umgekehrt; so folgt, daß es weder eine vollständige rein griechische, noch eine vollständige editio vulgata geben kann, daß mithin jede vollständige Ausgabe vermischt seyn muß.

Eine solche vermischte Ausgabe veranstaltete nun Contius, unstreitig die wichtigste unter allen neueren, obgleich sie — warum? ist kaum zu begreifen — in unsern Compendien und Commentaren fast allgemein mit Stillschweigen über-

gangen wird. Es ist daher wohl der Mühe werth, an diesem Orte einige genauere Nachrichten von derselben zu geben; soweit sich diese nämlich durch Vergleichung der verschiedenen Ausgaben auffinden lassen.

Contius besaß vortreffliche Manuscripte, worin sich außer den glossirten, noch verschiedene andere den alten Glossatoren bekannte lateinische Novellen befanden. Dieser bediente er sich hauptsächlich in Ansehung des lateinischen Textes, und verfuhr nun überhaupt etwa auf folgende Weise:

1. Er wollte eine griechische und lateinische, und zugleich eine möglichst vollständige Ausgabe veranstalten. Er nahm daher das Griechische auf, so weit es Haloander und Scrimger nur irgend hatten, und zwar folgte er stets dem, welcher eine Novelle am vollständigsten lieferte. Bey gleicher Vollständigkeit gab er dem Scrimgerschen Text den Vorzug.

2. Dem griechischen Text gegenüber oder zwischen denselben eingeschaltet kam die lateinische Uebersetzung zu stehen, die Novelle mochte nun bey Haloander und Scrimger bloß im Auszuge (Nov. 23. 33. 114.), oder verstümmelt

(Nov.

(Nov. 6. in f. Nov. 7. und 17 in praef.), oder gar nicht (Nov. 9. 11. 34. 41.) vorgefunden werden. Doch gab er dann auch den griechischen Auszug nebst einer Uebersetzung.

3. Soweit die versio vulgata theils in den vorhandenen Ausgaben, theils in seinen Mspten reichte, oder sonst aufgefunden werden konnte 65), ließ sie Contius unverändert abdrucken, und nur, wenn sonst keine Version vorhanden war, übersetzte er das Griechische selbst z. B. Nov. 50.

4. Die übrigen in dem griechischen und lateinischen Text nun noch fehlenden Nov. 35. und 41. ergänzte er durch die Auszüge des Julian; auch lieferte er diese, wenn sie vollständiger, als Haloanders und Scrimgers Novellen waren, ließ aber dennoch diese zugleich mit jenen abdrucken (S. Nov. 62. 65. 75.).

5. Fügte er noch die drey letzten sogenannten Novellen nebst der Cujazischen Uebersetzung derselben hinzu.

Auf

65) Dieß ist der Fall mit Nov. 42. s. darüber Cramer l. c. p. 14.

Auf diese Weise brachte nun Contius 168 lateinische (wenn man nämlich Nov. 8. Coll. 2. für zwey Novellen rechnet) theils ganz, theils im Auszuge, von den griechischen hingegen nur 164 vollständige, abgekürzte und verstümmelte Novellen zusammen. Jetzt war nur noch die Frage: in welcher Ordnung sollen alle diese Novellen auf einander folgen? denn Haloander hat nicht die Ordnung, welche man in den editionibus vulgatis findet, und von beyden ist wieder die des Scrimger sehr verschieden. Contius entschied sich in der glossirten Ausgabe von 1576 für die Zweyte 66). Er ließ also

66) Wie er in der Ausgabe von 1562 verfuhr, ist mir unbekannt, weil ich damit keine Vergleichung habe anstellen können. In der glossirten Ausgabe ist diese Ordnung unstreitig, wie man deutlich aus der von dem Herrn Reg. Rath Medicus in den Frankf. gel. Anz. 1779. S. 678 fgg. bekannt gemachten Vorrede sieht. Die eben angeführte Vorrede findet sich auch in der edit. Simon van Leuwen, welcher sie, da er keine collatio decima mehr hat, wohl nur deswegen hersetzte, weil sich Contius darin umständlicher über seinen Plan, als in der neueren Ausgabe, erklärte.

also erst die 9 Collationen der glossirten Novellen in ihrer bisherigen Form abdrucken, und auf diese folgte dann eine zehnte Collation mit den übrigen Supplementen.

In der Ausgabe von 1571 und 1581 ververließ indeß Contius diese Ordnung, und legte Statt derselben die des Scrimger zum Grunde, doch schaltete er die diesem fehlenden Novellen am gehörigen Orte ein, auch setzte er die Nov. 50. an ihren jetzigen Ort, da sie nach der Ordnung des Scrimger eigentlich hätte auf Nov. 41. folgen sollen. Von der Vulgata behielt er bloß die Eintheilung in 9 Collationen bey, deren jede aber in sich natürlich sehr von der alten Ordnung abweicht.

Diese Contische Ausgabe ist nun nachher in allen Gothofredischen, glossirten und nicht glossirten, Folio-Quart- und Octav-Ausgaben angenommen, wiewohl in den kleineren und den glossirten nur der lateinische Text; doch hat Gothofredus noch die von Pithöus nachher aufgefundene Nov. 138. dem von Contius gelieferten Julianischen Auszuge beygesetzt. Dasselbe hat Simon van Leeuwen, welcher

cher, wie jener, in seiner prächtigen Folio-Ausgabe (Amstelod. 1663) auch den griechischen Text lieferte, außerdem noch in Ansehung der Nov. 65. gethan. Die vollständigen Ausgaben beyder unterscheiden sich also von der Contischen hauptsächlich nur durch diese beyden Supplemente.

Diese Leeuwensche Ausgabe ward nun wieder vom Hombergk zum Grunde gelegt. Natürlich konnte dieser nur übersetzen, soweit es einen griechischen Text gab, im übrigen mußte er, da er, wie Contius, vollständig seyn wollte, das Lateinische wiedergeben, wie er es fand. Das Eigenthümliche der Hombergkischen sogenannten Uebersetzung besteht überhaupt etwa in folgendem: 1) Hombergk restituirte die von ihm in einer alten Ausgabe der Novellen Julians vollständig als Anhang in lateinischer Sprache gefundenen Nov. 35. 36. 37., behielt aber zugleich die kurzen Auszüge aus Julian und der Haloandrischen Ausgabe bey, wie man sie bey Contius, Gothofredus, und S. v. Leeuwen findet. 2) Von den durch die beyden letzten in der versio vulgata restituirten Nov. 65 und 138 hat er nur die erste, nicht

aber

aber die letzte, und an die Stelle derselben bloß, wie Contius, den Julianischen Auszug aufgenommen, höchst wahrscheinlich weil dieser gar nicht von der übergangenen Urschrift abweicht. Doch hat Hombergk bey dieser Novelle zugleich noch aus Haloander ein kurzes Argument derselben, nebst einer Uebersetzung eingeschaltet, welches man weder bey Contius, noch Gothofredus, noch S. v. Leeuwen findet. Eben so hat er 3) aus Haloander den griechischen Auszug der Nov. 104., den Contius und die andern bloß in der Uebersetzung haben, eingeschaltet, und der von jenen bloß in der versio vulgata gelieferten Nov. 134. den Haloandrischen Auszug nebst einer Uebersetzung beygefügt. 4) Wo der griechische Text vollständig und dem Ansehn nach unverstümmelt scheint, hat er diesen bloß übersetzt, ohne das, was die versio vulgata mehr enthält, mit einzuschalten (S. Nov. 6. in fin. und Nov. 7. in praefat.); wo es hingegen offenbar ist, daß der griechische Text wirkliche Lücken enthält, hat er in der Uebersetzung die versio vulgata eingreifen lassen, und durch diese die Lücken ausgefüllt (S. Nov. 17. in praef.). 5) In den Noten sind, außer den, aus Haloander, der vulgata u. s. f.

gezogenen, noch andere Varianten aus einem Vatikanischen und Florentinischen griechischen Mspt., welche Brenkmann dem Herausgeber mitgetheilt hatte, beygebracht, und außerdem noch einige andre Varianten aus 11 von Montfaucon für die Basiliken wieder aufgefundenen Novellen 67). Die Hombergkische Uebersetzung ist also auf allen Fall vollständiger, als alle vorhergehenden, doch fehlt auch in ihr, zufolge des eben gesagten, einiges, was man bey Contius und dessen Nachfolgern findet.

In der neuesten Spangenbergischen Ausgabe ist nicht allein alles, was man bey Leeuwen findet, abgedruckt, sondern es ist auch noch die ganze Hombergkische Uebersetzung mit ihren Supplementen und wichtigsten Varianten hinzugethan. Ausserdem enthält diese Aus-

67) S. Hombergks praefatio, vergl. mit Brenkmanns Briefen an denselben, in dem Appendix zu *A. L. Hombergk zu Vach* de novellarum constit. Jmp. Justiniani lingua originaria. n. VII. IX. X. (in *Zepernick* delectu scriptorum novellas Justiniani earumque histor. illustrant. S. 254. flg.)

Ausgabe noch Varianten aus 4 Handschriften, zu denen noch einige neue Novellen=Auszüge gekommen seyn sollen 68). Sie ist also bey weitem die vollständigste und reichhaltigste unter allen, und wird in dieser Hinsicht wahrscheinlich niemals übertroffen werden.

Funfzehnte Abhandlung.

Einige Erinnerungen gegen Höpfners Commentar über die Institutionen, die Regeln der Interpretation betreffend.

Nichts kann für die Cultur der Rechtswissenschaft und die Anwendung der Gesetze gefahrvoller und verderblicher seyn, als das unter den Rechtsgelehrten von jeher herrschend gewesene Schwanken in Ansehung des Gebrauchs der Regeln der Hermeneutik. Nur wenig Schriftsteller

68) S. Göttingsche. Gel. Anz. v. J. 1797. St. 103. S. 1078 — 1080.

finden sich, welche bey ihren einmal angenommenen Regeln beharren, und sich durchaus consequent bey der Anwendung derselben bleiben. Die mehrsten halten sich an den Grundsatz des Zuträglichen und der Bequemlichkeit, und bilden sich lieber Regeln nach den Fällen, als daß sie diese nach unwandelbaren Principien entscheiden sollten. Hieraus entsteht denn eine solche Ungewißheit und Unstätigkeit des Rechts, daß man sich in der That nicht wundern darf, wenn grade die besseren Köpfe ihr Rechts-Studium mit so vielem Verdruß und Widerwillen betreiben.

Nie hat vielleicht unter den mittelmäßigen Rechtsgelehrten dieses Schwanken, diese durchgehende Inconsequenz und Willkühr mehr Ueberhand genommen, als grade jetzt, und zwar, wie ich glaube, am mehrsten durch Hülfe des Höpfnerschen Commentars über die Institutionen, eines Werks, welches, bey vielen und wesentlichen Vorzügen, dennoch auf keinen Fall verdient hätte, an die Stelle aller übrigen Schriften zu treten, und beynah das einzige Orakel des gewöhnlichen Practikers zu werden. Daß ihm diese Ehre wirklich wiederfahren ist, und vielleicht noch

noch lange wiederfahren wird, beweist die Erfahrung, und läßt sich mit ziemlicher Gewißheit aus dem Geist der Zeit schließen. Eben deswegen verlohnt es sich daher auch wohl besonders der Mühe, die Mängel desselben bemerklich zu machen, und wenigstens Theilweise nach und nach die übermäßige Auctorität desselben zu untergraben. Schon mehrere haben zu diesem Endzweck gearbeitet, aber noch immer bleibt so vieles nachzuholen übrig, daß ich ohne Gefahr den Versuch machen darf, meine obigen Behauptungen durch eine kleine Sammlung von Beyspielen, welche ich mir aus der Schrift zusammengetragen habe, zu versinnlichen.

Wenn wir den Grund eines Gesetzes kennen, der Gesetzgeber aber die ausdehnende Erklärung desselben untersagt hat: läßt es sich alsdann dennoch rechtfertigen, wenn der Richter den Umfang des Gesetzes nach dem Grunde desselben erweitert, oder nicht? Denkt man kalt über die Frage im Allgemeinen nach, so kann die Antwort nicht anders, als verneinend ausfallen. Der Richter soll sich unmittelbar und allein an die Worte halten, wenn er nicht historisch erweislich machen kann,

daß ihm der Grund des Gesetzes, und der Wille des Gesetzgebers eine Abweichung vom Sprachgebrauch gestatten. Was der Gesetzgeber mit einem solchen Verbot bezwecken will, weiß er in tausend Fällen nicht, aber es läßt sich in allen Fällen die Vernünftigkeit desselben beweisen; mithin muß auch die ausdehnende Erklärung schlechterdings wegfallen, wenn man zugiebt, daß der Richter nicht über, sondern unter dem Gesetzgeber steht. — Höpfner war ein Mann von hellem, gesundem Verstande, aber, wie gewöhnlich Köpfe dieser Art sind, nicht umfassend und consequent genug, zu sehr durch das Gefühl des Augenblicks bestimmt, als überall durch feste und sichere Principien geleitet. Es kostete ihn zu wenig Mühe, sich in die Gedanken andrer hineinzudenken, und er liebte es zu sehr, sich andrer Gedanken zu eigen zu machen, als daß er rein von selbsterzeugten Ideen hätte seyn, und seine Begriffe zu einem durchgängig consequenten Ganzen hätte vereinigen können. Wie er über die eben aufgeworfene Frage im Allgemeinen dachte, läßt sich nicht aus dem Commentar entdecken, aber wohl, daß er bey der Anwendung seiner Grundsätze schwankend und inconsequent war. Bey der

Un-

Untersuchung des Streits über die Zulässigkeit einer ausdehnenden Erklärung der L. ult. C. de revoc. donat. sagt er: „Ob übrigens eine Schenkung bloß wegen der vier angeführten, oder auch wegen andrer gleich wichtigen Ursachen revocirt werden könne, ist bestritten. Die meisten Juristen behaupten das letzte, ob aber mit Grund, daran zweifle ich. Denn das Gesetz sagt: *ex his tantummodo caussis*" 1). — Nun wollen wir ihn dagegen an einem andern Orte hören. — „Hat aber die Enterbung der Kinder und Eltern aus keinen andern, als den angeführten Ursachen Statt? — Justinian sagt in der Nov. 115. cap. 3. ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis caussas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur. Daher behaupten viele Juristen, daß schlechterdings keine andre Ursachen der Enterbung zulässig seyen. Allein in der Praxis ist die vernunftmäßigere Meynung angenommen, daß wegen Handlungen von ganz gleicher oder noch schlimmerer Art — allerdings eine Enterbung geschehen könne" 2).

1) §. 412. S. 372.

2). §. 480. S. 455. auch §. 25. S. 42. 43.

Nur zu sehr sieht man hier den billig denkenden Mann, dem es am Herzen liegt, die Gesetzgebung vollkommen zu wissen. Im ersten Fall war es schwer, gleiche oder stärkere Ursachen des Widerrufs aufzufinden, da konnte also der Grundsatz vertheidigt werden; in diesem hingegen lag es klar am Tage, daß Justinian manches übergangen hat, was er mit unter dem Gesetz hätte begreifen sollen: hier mußte der Billigkeit wegen der Grundsatz im Dunkeln bleiben. Allein was ist eine solche Billigkeit, welche nur auf Kosten der Consequenz erhalten und erschlichen wird?

Ich gebe es zu, Inconsequenz ist hier dem gefühlvollen Mann natürlich, aber sie ist verderblich. Wenn die Ausdehnung eines Gesetzes untersagt wird, so geschieht dieß in der Regel wohl nur, um die seichten Köpfe zu verhindern, Fälle unter das Gesetz zu subsumiren, die davon ausgeschlossen seyn sollen. Daß sich vielleicht noch Fälle entdecken lassen, worauf hätte Rücksicht genommen werden sollen, giebt der Gesetzgeber zu. Aber, wenn er erlaubte, das Gesetz auf diese auszudehnen, so müßte er ja überhaupt eine Ausdehnung zulassen, und dann wäre grade das zu

be-

befürchten, was er verhindern will. Er muß also nothgedrungen alle Ausdehnung untersagen, — und was liegt auch daran, so lange der vernünftige Richter stets im Stande bleibt, seine Meynung durch Einholung einer authentischen Interpretation durchzusetzen?

Angenommen also, der Gesetzgeber sagte: wer seinen Vater unfreundlich ansieht, oder schlecht von demselben spricht, soll von diesem enterbt werden können, aber nicht aus andern Ursachen. Darf hier der Vater seinen Sohn, welcher ihn verwundete, oder nach dem Leben stand, rechtmäßig enterben? Höpfner würde bejahend geantwortet haben, aber mit dem größten Unrecht. Will man das Gesetz auf diese Fälle ausdehnen, so kann dieß doch auf keine andre Weise geschehen, als dadurch, daß man den Grundsatz annimmt: wegen gleichen Ursachen ist auch hier eine Ausdehnung zulässig. Dieser Grundsatz muß dann natürlich das gemeinschaftliche Eigenthum aller werden. Der unvernünftige, seichte Richter wird nun auch seine gleichen, ähnlichen und stärkeren Fälle auffinden, und also ist die Vernunft des einen offenbar Schuld daran, daß dem Gesetzgeber

alle Macht benommen wird, die Unvernunft der übrigen in Schranken zu halten. Hier liegt grade der Grund der unseeligen Seichtigkeit unsrer heutigen Exegeten. Niemand sieht auf das Ganze; jeder will seine Einfälle durchsetzen, weil er sich als Mittelpunkt des Zirkels, nicht als kleines Glied einer großen Kette ansieht. Ueberall werden die Grundsätze durchbrochen, weil jeder für sich seine Ausnahmen haben will, und da alle auf gleiche Rechte Anspruch zu machen befugt sind, so werden die Regeln so lange, und so von allen Seiten gebeugt und beschnitten, bis nichts als der Schatten von ihnen übrig ist. Dieß sind denn am Ende die Folgen der gepriesenen leidigen Billigkeit und Vernunftmäßigkeit, eines Mißgeschöpfs, welches jeder denkende Mann mit Feuer und Schwerdt aus dem Gebiet der Rechtswissenschaft zu vertreiben suchen sollte.

Unsre Verfassung ist zum Theil Schuld an diesen herrschenden Inconsequenzen und Willkührlichkeiten. Dem Schriftsteller und academischen Lehrer sind als solchem die authentischen Interpretationen seines Landesherrn von keinem Werth. Er soll und will nur lehren, was auch in andern Ländern brauchbar ist. Hier ist nun nichts bey

der

der menschlichen Schwäche natürlicher, als daß er sich durch Raisonnement eine Gewißheit zu verschaffen sucht, welche eigentlich nur durch die authentische Interpretation erhalten werden kann. — Gewiß würden der willkührlichen Interpretationen weniger seyn, wenn die Länder, in denen das Römische Recht gilt, unter Einem Regenten ständen; und unstreitig noch weit weniger, wenn die academischen Docenten und Schriftsteller es sich recht ernstlich angelegen seyn ließen, ihre hermeneutischen Regeln mehr durch die Logik und die Philosophie der Gesetzgebung, als einen betäubenden Apparat unnützer Gelehrsamkeit zu begründen.

Noch ein zweytes Beyspiel aus der Lehre von der logischen Interpretation! Nach der Vorschrift der Gesetze, und nach der Natur der Sache darf ein Gesetz nur dann nach der Raison desselben ausdehnend erklärt werden, wenn das Daseyn des Grundes sich historisch erweisen läßt, also nicht, wenn man den Grund gar nicht kennt, wenn man nur diese oder jene Raison durch eine Hypothese annehmen kann 3). Fällt hingegen der Grund

3) L. 12. de LL. non possunt omnes articuli sigillatim legibus comprehendi, sed quum in aliqua

Grund eines Gesetzes in der Folge ganz weg, oder paßt derselbe nicht auf einzelne Falle: so wird dadurch allein die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht aufgehoben, es sey denn, daß ein neuerer Grundsatz dem Grunde des älteren Gesetzes zuwider wäre, oder daß man erweisen könnte, der Gesetzgeber würde, wenn er von der Beschaffenheit der Sache vollständig unterrichtet gewesen wäre, selbst sein Gesetz eingeschränkt haben 4). Aber auch in diesen Fällen muß natürlich vor allen Dingen die **Existenz** der angenommenen Raison dargethan werden.

Höpfner nimmt zwar diese Grundsätze, sofern sie die Erweislichkeit der Raison betreffen, im Allgemeinen an, indem er behauptet, man könne ein Gesetz ausdehnen und einschränken, wenn

qua caussa sententia earum *manifesta est*, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere, et ita ius dicere debet. L. 20. L. 21. eod.

4) *Forster* de iur. interpr. Lib. XI. c. 13. n. 1. **Webers** Reflexionen §. 16. 18. **Derselbe** von der natürl. Verbindl. §. 64. S. 234. fgg. *Averan* interpr. iur. L. V. c. 10. n. 2. 3. L. 15. de iure patron. L. 1. §. 2. de aedil. edict. L. 8. §. 8. de transact. *Voorda* interpr. et emend. L. I. c. 1.

wenn man den Grund desselben erforscht habe 5); aber mit der Anwendung sieht es wiederum nicht überall zum besten aus. Z. B. im L. 8. C. de revoc. donat. wird dem Patron das Recht eingeräumt, die dem Freygelaßnen gemachte Schenkung wegen nachgekommener Kinder ganz zu wiederrufen. Kann dieses Gesetz auf jeden andern Schenkenden ausgedehnt werden? Ich verneine dieß. Denn wir wissen nichts zuverlässiges über die vollständige Raison des Gesetzes. Der Patron hatte überhaupt große Vorrechte, und wenn der Gesetzgeber auf diese Rücksicht nahm: so paßt die Verordnung nicht auf jeden andern. Höpfner sagt: verschiedne behaupteten, das Gesetz könne nicht mit Grund auf andre Schenkende ausgedehnt werden. „Indessen, fährt er fort, läßt sich doch manches für die extensive Auslegung anführen, und in der Praxis ist sie unstreitig angenommen" 6). — Was ist dieses Manche? Doch nur die sogenannte Billigkeit, Vermuthungen über die wahrscheinliche Raison des Gesetzes, und dergleichen? Lie-

ßen

5) §. 25. S. 42.
6) §. 412. S. 372.

sen wir überall Ausdehnungen aus solchen Gründen zu, so würde unsre ganze Rechtsverfassung über den Haufen geworfen werden. Unsre Vermuthungen und Voraussetzungen würden sich so mannigfaltig und bunt durchkreutzen, daß von den Gesetzen selbst nichts, als der Stoff zu endlosen Controversen übrig bliebe.

Die Klagen auf eine Privat-Strafe fallen bekanntermaßen in der Regel bey uns weg, also auch die actiones in duplum, sofern nämlich die Hälfte des Doppelten wirklich als Strafe erlegt wird. Denn geschieht dieß aus andern, noch jetzt fortdaurenden, den einheimischen Rechten nicht widerstreitenden Gründen: so bleibt das Römische Recht natürlich in seiner vollen Gültigkeit. So können z. B. noch jetzt die actio rationibus distrahendis und die actio de tigno iuncto auf das Doppelte angestellt werden. Daß sie Pönalklagen waren, ist bisjetzt noch nicht erwiesen, und es läßt sich sogar das Gegentheil vermuthen. Die erste ward wahrscheinlich dem Pupillen gegeben, um ihn wegen des schwierigen Beweises das Interesse zu decken 7), und aus glei-

7) *Boehmer* de action. S. II. c. 6. §. 22.

gleichen Gründen räumte man dem Eigenthümer, weil derselbe gegen die Regeln des strengen und natürlichen Rechts der Vindication beraubt ward, die zweyte ein, wie schon allein daraus beynah mit völliger Gewißheit erhellet, daß die Klage selbst gegen den Besitzer im guten Glauben Statt findet. Dennoch ist Höpfner in Ansehung beyder Fälle der entgegengesetzten Meynung, weil, wie er sagt, die Klagen auf das Doppelte bey uns wegfallen 8). Soll dieser Satz einen vernünftigen Sinn haben, so kann derselbe nur auf der Voraussetzung beruhen, daß alle actiones in duplum bey den Römern Pönal-Klagen waren. Es wird also in den beyden angeführten Fällen wiederum eine Raison präsumirt, ohne daß Höpfner irgend daran denkt, die Wahrheit seiner Voraussetzung durch einen befriedigenden historischen Beweis darzuthun.

Es würde den Leser ermüden, wenn ich meine Behauptungen noch an mehreren Beyspielen dieser Art ausführen wollte. Wer den Commentar nur mit einiger Aufmerksamkeit liest, wird de-

8) §. 221. S. 208. §. 320. S. 284.

deren selbst noch eine ziemliche Menge finden können 9).

Zum Beschluß noch etwas über das sogenannte argumentum a contrario!

Der Gesetzgeber kann und muß es verlangen, daß man sich an seine Worte hält, und wenigstens im Zweifel stets voraussetzt, daß er sich den Regeln der Sprache gemäß ausdrückte. Der Richter darf daher auch nicht ohne Noth voraussetzen, daß ein Wort oder ein Satz überflüssig und zwecklos dasteht: sondern er muß das Gesetz so auslegen, daß jedes Wort seine volle Wirksamkeit in Gemäßheit des Sprachgebrauchs erhält. Quum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat, sagt Ulpian 10), und mit Recht. Denn wozu ständen sonst die Worte in praeteritum im Gesetz? Die Natur der Sache spricht zu sehr für das argumentum a contrario, als daß wir uns desselben nicht bedienen sollten; und wenn dieß auch nicht wäre, so würden wir dennoch bloß und allein wegen der ausdrücklichen Vor-

9) Vergl. z. B. §. 146. not. 1. S. 166. §. 716. not. 5. S. 654.

10) L. 22. de LL.

Vorschrift der Gesetze verbunden seyn, von demselben, wenigstens in der Regel Gebrauch zu machen 11).

Daß in jeder Gesetzgebung, und besonders im Römischen Recht das argumentum a contrario täuschen kann, liegt in der Natur der Sache, und hätte kaum des weitläuftigen Beweises bedurft, wie Noodt denselben geführt hat 12). Al-

11) Vergl. L. 18. de testibus. *Voet.* ad P. L. 1. T. 3. n. 44. Ein merkwürdiges Beyspiel kommt noch in L. 26. §. 2. de pact. dotal. vor. Quum inter patrem et generum convenit, *ut in matrimonio sine liberis defuncta filia dos patri restituatur*, id actum inter contrahentes intelligi debet, ut liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur.

12) Jn Julio Paulo cap. VII. In Dioclet. et Maximian. cap. II. — So wenig mir auch Noodts Meynung in ihrer unbeschränkten Allgemeinheit anzunehmen scheint, zumal jetzt, nach Justinians Compilation: so sind ihm doch unter den neueren die mehrsten gefolgt, aber nicht alle. Zu den letzten gehört z. B. *Bynkershoek* opusc. de pact. strict. iur. contr. adject. c. 2. 3. Zu den ersten: Brenkmann diss. de L L. inscript. §. 13.

Allein daraus folgt doch nichts weiter, als daß man sich jenes Arguments mit Vorsicht bedienen muß, und daß die Beweiskraft desselben alsdann wegfällt, wenn sich darthun läßt, daß der Gesetzgeber nicht dachte, wie er sprach. Dieser Beweis wird aber in jedem einzelnen Fall erfordert. Denn beynah die ganze grammatische Interpretation wäre vernichtet, wenn man nicht als Grundsatz annähme, daß die Vermuthung im Zweifel immer für das argumentum a contrario ist. Hätte Noodt diesen Satz, bey seinem ausdrücklichen Widerspruch, nicht stillschweigend eingestanden, und die Wahrheit desselben gefühlt, so würde er auch nicht die kleinste seiner Schriften haben zu Stande bringen können.

Höpfner schwankt auch hier abermals. Im §. 453. S. 417. sagt er: die Meynung derer, welche behaupteten, der Soldat sey auch außer

Reinold orat. de ebd. arg. §. 13. (opusc. ed. Jugler p. 581.) Bach diss. de iur. transact. non cognit. tab. test. §. 6. (opusc. p. 85.) Eckhard herm. iur. §. 201. 221. — Vielleicht werde ich bey einer andern Gelegenheit umständlicher über diese ganze Materie handeln.

außer der Expedition in Ansehung der Materie des Testaments privilegiirt, habe zwar einigen Schein, aber sie lasse sich dennoch nicht mit Grunde vertheidigen. Denn, setzt er not. 5. hinzu: Justinian sagt §. 6. J. de exheredat. wenn ein Soldat in *expeditione* ein Testament mache und seine Kinder übergehe, so gelte die Präterition als eine Enterbung. — Da hätten wir also einen Fall, wo die Beweiskraft des argumenti a contrario zu Gnaden angenommen ist.

Nun vergleiche man dagegen andre Stellen. In der L. 29. §. 3. de inoffic. test. heißt es: quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu principis potest, nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest. Mit dem vollgültigsten Recht schließe ich mit mehrern andern aus diesen Worten, daß nach dem Recht der Pandecten die wahre Adoptiv-Mutter ihr Adoptiv-Kind nicht ohne hinlänglichen Grund enterben kann. Denn wäre nicht das ganze Raisonnement unsinnig, wenn das Gegentheil Statt gefunden hätte? Wenn daher nicht erweislich gemacht werden kann, daß durch das Recht des

Codex die L. 29. §. 3. aufgehoben ist: so kann auch jetzt die fortdaurende Gültigkeit der letzten nicht in Zweifel gezogen werden 13). Höpfner will dieß nicht zugeben, denn, meynt er, daraus daß der Jurist sage: einer der ohne landesherrliche Auctorität adoptirt ist, könne die Querel nicht an=

13) Faber rational. ad L. 29. §. 3. cit. glaubt, das ebengenannte Gesetz sey durch L. 10. C. de adopt. aufgehoben. Nach diesem Gesetz brauche der von einem Mann unvollkommen adoptirte nicht enterbt zu werden, also auch nicht der imperfecte adoptatus a muliere. Ich sehe nicht ein, auf welchen Gründen dieser Schluß beruht. Justinian führte die adoptio imperfecta ein, weil der Adoptiv=Vater seinen Adoptiv=Sohn durch Emancipation ganz erblos machen konnte. Von den Weibern war dieß nicht zu befürchten, theils, weil ihre Adoption das Familienband nicht trennt, theils weil sie gar nicht emancipiren können. Mithin paßt der eigentliche bekannte Grund des Gesetzes gar nicht auf die Weiber. Warum Justinian den Männern nicht ebenfalls die Pflicht auflegte, ihre unvollkommen adoptirten Söhne einzusetzen, oder zu enterben, wissen wir nicht. Und wie sollten wir denn ein correctorisches Gesetz nach einer unbekannten Raison ausdehnend erklären können?

anstellen, folge noch nicht, daß es einer thun könne, welcher mit Erlaubniß des Landesherrn an Kindes Statt angenommen sey: denn das argumentum a contrario sey in der juristischen Exegetik sehr trüglich 14). Was heißt hier: trüglich seyn? Ohne allen Nutzen; ohne Mithülfe andrer Beweise gar nicht zu gebrauchen? Wenn dieß ist, so laßt uns nur das Capitel von der grammatischen Interpretation in der juristischen Hermeneutik ganz ausstreichen. Wir sind dann wenigstens auf allen Fall gegen Widersprüche und Inconsequenzen gesichert 15).

Wer nur einigermaßen in den neueren Schriften bewandert ist, weiß, daß die bisherigen Vorwürfe, so wie überhaupt der Vorwurf einer durchgängigen Inconsequenz, nicht allein, sondern vielleicht noch am wenigsten den Höpfnerschen Commentar treffen. Man giebt sich zu wenig Mühe, eine ganze Materie durch eignes Nachdenken zu verarbeiten; und dann müssen sich

14) §. 532. not. 3. S. 514.

15) Andere Beyspiele s. §. 357. not. 3. S. 317. §. 858. nro. 2. S. 771.

freylich die Bruchstücke paaren, wie sie in den verschiedenen Schriften vorgefunden werden.

Sechszehnte Abhandlung.

Ist die Critik dem Practiker brauchbar?

Das Geschäft der Critik besteht darin, den Text der Gesetze so zu bilden, wie derselbe ursprünglich bey der Promulgation des Rechts beschaffen seyn sollte. Unsre heutigen Rechtsgelehrten stimmen zwar einmüthig darin überein, daß der Ausleger der Gesetze, besonders des Römischen Rechts, dieses Hülfsmittels auf keine Weise entbehren kann; aber, soviel ich weiß, hat noch Niemand die Frage deutlich, bestimmt und aus Gründen zu beantworten gesucht: welchen Gebrauch darf der Richter bey der Anwendung der Gesetze von der Critik machen 1). Hat es practi-

1) *J. H. Boehmer.* diss. de scripturis non legibilibus. Cap. 2. (Exerc. ad P. T. IV.) hat zwar die Fra-

etisches Interesse, wenn wir das Recht mit Hülfe der Critik aufklären?

Nach der Vorstellungsart, welche in unsern mehrsten Lehrbüchern herrscht, muß man die Frage uneingeschränkt bejahen. Der Richter, heißt es, soll die Gesetze auslegen, und sowohl von der grammatischen als der logischen Auslegungskunst Gebrauch machen. Nun aber zählt man zu jener auch die juristische Critik, mithin ist derselben eben dadurch eine volle praktische Wirksamkeit zugestanden 2).

Frage ziemlich umständlich abgehandelt; aber, ohne, wie mir scheint, von recht bestimmten Grundsätzen auszugehen. Ich werde daher auch bey der Entwickelung meiner Ideen keine weitere Rücksicht auf die einzelnen Behauptungen desselben nehmen.

2) Beynah mit ausdrücklichen Worten erklärt sich für diese Meynung *J. S. Brunquell* isagoge in universam iurisprudentiam Cap. V. de usu critices in iure §. 2. (opusc. T. II. n. XXX. p. 1094.) Im §. 1. hatte er gesagt, der Jurist müsse oft durch Critik den Text der Gesetze ändern. Nun fährt er fort: Quum enim, monente Celso, leges scire, non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem, praecipua sane ICti cura esse

Andere denken grade das Gegentheil, selbst Critiker von Profession. So sagt z. B. Heineccius: alterum critici munus in emendando consistit. Hic vero primo nolim is veluti ius vitae et necis sibi arroget, et ipsum textum iuris, qualem a glossatoribus per manus traditum accepimus, suis emendationibus pro arbitrio refingat. Auctoritate publica opus esset illi, qui suspiciones suas criticas ipsi corpori iuris insertas vellet. Hanc vero potestatem nulli iureconsulto, quantumvis doctissimo, lege quadam curiata unquam datam esse novimus. Juris Romani auctoritas, quam in foro abtinuit, a receptione dependet 3).

Eben

esse debet, ut verum legis sensum eruat; quomodo autem quis in vim ac potestatem legum, quae tamen anima illarum est, penitrabit, si ipsae leges tam obscurae atque depravatae sint, ut vix ac ne vix quidem intelligi queant?" Wenn man aus L. 12. C. de LL. schließen darf, so würde Brunquell sich durch dieses Raisonnement nicht sehr bey Justinian empfohlen haben. Add. *Eckhard* herm. iur §. 50.

3) Diss. de artis critic. utilitate in iurisprudentia. Als Praefat. zu Bynkershoek Observ. auch opusc. minor. var. argum. Amstel. 1738. p. 31.

Eben so unbedingt erklären sich viele andre gegen den practischen Gebrauch derselben.

Die Frage läßt sich meines Erachtens weder durch ja, noch nein schlechtweg beantworten, so bald man nur die verschiedenen Fälle und möglichen Gesichtspunkte etwas näher und sorgfältiger betrachtet. — Wir wollen nur bey dem römischen Recht, und zwar der Pandecten, stehen bleiben.

Wenn der Text eines Gesetzes in den Pandecten formirt werden soll, so kann dieß auf zwiefache Weise geschehen, entweder 1) man wählt von den verschiedenen Lesarten verschiedener Manuscripte und Ausgaben die beßte; oder 2) man ändert den Text mit Hülfe der sogenannten Conjectural-Critik. Im erstern Fall, behaupte ich, hat die Critik ohne Einschränkung practisches Interesse. Wir haben das Römische Recht angenommen, so wie es zu den Zeiten der alten Glossatoren bekannt war, und uns in Ansehung der Pandecten nicht ausschließlich der Lesart eines besondern Manuscripts, weder des Florentinischen, noch eines andern, unterworfen. Die Glossatoren unterscheiden ihre litera Pisana und communis, ohne der einen vor der andern

 einen

einen unbedingten Vorzug zu geben. Jeder hatte sein besonderes Manuscript, und folgte der Lesart, welche ihm die vorzüglichste schien. Der Pandecten-Text, woran man sich gebunden hielt, existirte also nirgend, wenn ich so sagen darf, in specie, sondern bloß im Begriff; er war so verschieden, als die verschiedenen Ueberzeugungen von dem Werth der Eigenthümlichkeiten jedes Manuscripts. So wie man also zu den Zeiten der Glossatoren einen bloß idealen Text hatte, und durch Gewohnheitsrecht und ausdrückliche Reichsgesetze einen solchen annahm: so müssen wir uns auch nicht an eine besondere Ausgabe, oder ein besonderes Manuscript binden, sondern alles prüfen und das Gute behalten. — Es ist daher auch die tiefste Barbarey, eine Barbarey, von welcher die ersten Bearbeiter des Rechts weit entfernt waren, und welche mit der Gültigkeit des Römischen Rechts, wie dieselbe durch die Reception dieses bestimmt ist, durchaus nicht bestehen kann, wenn die mehrsten Practiker für die Gothofredische Recension wie pro aris et focis kämpfen, und außer derselben kein Heil finden zu können glauben.

Soweit möchte nun alles wohl leicht zu entscheiden seyn. Wie soll es aber mit den emen-

dati-

dationibus ex ingenio gehalten werden? — Ich gestehe es, daß mich diese Frage lange in nicht geringer Verlegenheit hielt. Wollen wir der Critik ohne Einschränkung practischen Einfluß zugestehen, welcher Ungewißheit ist dann nicht das Recht ausgesetzt? Darf und kann man den Unterthanen an zufällige Entdeckungen binden, welche in tausend Fällen nicht einmal zu seiner Wissenschaft gelangen? In der That! Der gesunde Verstand empört sich dagegen; — und doch, wenn die Wirksamkeit der Critik sich nicht auf das gemeine Leben ausdehnen soll, wozu denn alle diese Zurüstungen; warum verbannt man nicht lieber diese Wissenschaft ganz von den Academien, da die Zeit, welche man darauf verwendet, doch weit zweckmäßiger zur Erörterung der vielen allgemein vernachlässigten practischen Materien gebraucht werden könnte? Vielleicht darf ich hoffen, durch folgende Ideen einen Ausweg aus diesem Labyrinth gefunden zu haben.

Der Regent kann als solcher, das Unvernünftige wie das Vernünftige vorschreiben, darf und wird es also auch nicht dulden, daß die Schrift seiner Gesetze des Sinns wegen auch

nur

nur im Geringsten von dem Richter und den Unterthanen verändert werde. Ich sage nicht im Geringsten, und sollte auch durch die bloße Umwandlung eines u in ein n der größte Unsinn in die schönste Wahrheit umgeschaffen werden können. Will der Regent diese oder jene kleine Aenderung dulden, so muß er überhaupt kleine Aenderungen zulassen, und dann ist es schon so gut, als ob gar keine Gesetzgebung im Staat wäre. Welche Aenderung soll man denn für eine kleine halten? Z. B. wenn e an die Stelle von a gesetzt wird? Es scheint allerdings so, und doch wäre es Unsinn, dem Unterthanen auch in Ansehung solcher kleinen Aenderungen freye Hand zu lassen. Wie viele Gesetze kann man nicht ganz und gar umschaffen, wenn Statt et, at gesetzt wird? — Und wo soll denn die Grenze seyn, welche das Kleine von dem Großen scheidet. So ist es z. B. sehr leicht, daß bey dem Druck eines Gesetzes ein kleines Wörtchen ausgelassen wird. Nun gebe man dem Unterthanen das Recht, durch Einschaltung eines kleinen Wortes den ihm fehlerhaft scheinenden Sinn des Gesetzes zu verbessern. Unstreitig ist dadurch beynah die ganze Rechtsverfassung über den Haufen ge-

wor-

worfen. Die drey Buchstaben non bilden auch nur ein kleines Wörtlein, und doch kann man, je nachdem diese drey Buchstaben gesetzt oder weggestrichen werden, den Sinn eines jeden Gesetzes nach Belieben umschaffen, wie man will. Also: alle auch noch so unbedeutenden Aenderungen bleiben streng verboten, und dieß um so mehr, da die Unterthanen, wenn sie zweifeln, stets ihre letzte Zuflucht zur authentischen Interpretation des Regenten nehmen können. Wenn sich daher die Critik des Römischen Rechts damit beschäftigt, die angeblich vom Tritonian und von den Schreibern der Manuscripte falsch übersetzten Abkürzungen aufzufinden; ein Wort mit einem andern gleichtönenden zu vertauschen; Buchstaben und Wörter zu versetzen, einzuschieben, oder wegzuwerfen u. s. w., so hat der Practiker, als solcher, keinen Gewinn davon.

Gleichwie der Gesetzgeber keine Aenderungen erlauben darf, so muß er auf der andern Seite verlangen, daß man sich die Mühe gebe, seine Schriftsprache zu verstehen, zumal wenn diese nicht ungewöhnlich und unverständlich ist. Werden daher in den Abschriften und Nachdrücken,

welche

welche Privatpersonen von den Gesetzen machen, durch falsche Auslegung jener Schriftsprache Fehler aufgenommen: so kann der Unterthan diese Fehler nicht zu seinem Vortheil gebrauchen, so wenig als er Entschuldigung verdient, wenn er überhaupt die Schriftsprache des Gesetzgebers nicht auszulegen versteht. Diese Grundsätze auf die Pandecten (und was von diesen gilt, gilt überhaupt vom Römischen Recht) angewandt, so ergeben sich folgende Resultate.

1) In dem Florentinischen Mspt sind weder Interpunctionen, noch Paragraphen, noch Absätze, sondern fast alles ist uno tenore, Buchstabe an Buchstaben, Wort an Wort, ohne Trennung und Zwischenräume geschrieben. In den msptis vulgatis sind, weil keines derselben bis zum 7ten Jahrhundert hinaufreicht, zwar durchgehends Interpunctionen, aber noch unvollständig, so daß man oft in langen, zusammengesetzten Perioden (selbst in Mspten aus dem 12ten 13ten Jahrhundert) kaum ein einziges Trennungszeichen antrifft. Die Abtheilungen in §§. finden sich ebenfalls im Ganzen nicht darin. Bekanntlich sind durch falsche Interpunctionen,

durch

durch irriges Trennen und Verbinden zusammengehöriger und nicht zusammengehöriger Buchstaben, Wörter und Paragraphen viele Fehler in die gedruckten Ausgaben eingeschlichen. Diese kann und muß der Practiker verbessern. Wir haben nicht die Editionen recipirt, sondern das Recht, wie es zur Zeit der Reception in den Manuscripten vorhanden war. Damals befand sich der Deutsche in eben der Lage, in welcher sich der Römer befand, als Justinian die Pandecten bekannt machte. In diesen stand auch alles uno tenore. Der Bürger war also verpflichtet, sich im Lesen zu üben, und die Schriftsprache kennen zu lernen. Traf es sich, daß in gewissen Fällen die Sache nach dem Buchstaben, je nachdem man so oder so verband und trennte, zweifelhaft war: so mußte er natürlich diese Zweydeutigkeit durch den gesunden Menschenverstand zu heben suchen: wie bey jeder Ambiguität die bessere der Sache angemessenste, vernünftigere Meynung vorziehen. Dieß sind freylich Inconvenienzen, aber sie sind unvermeidlich, solange die Sprache und die Schrift nicht den höchsten Grad der Vollkommenheit erreicht haben. Man denke nur an die vielen Wörter, welche gleichgeltende Bedeutungen haben.

Ob diese oder jene derselben angenommen werden soll, zeiget allein der Zusammenhang an, und wenn sich aus diesem nichts schließen läßt, so entscheiden die Natur der Sache, Vernunft und Billigkeit. Dieß sind anerkannte Rechtsgrundsätze, und es ist mithin der Analogie des Rechts vollkommen angemessen, wenn man den Unterthanen verpflichtet, die Schriftsprache wie die Wortbedeutungen zu erlernen, und die aus jener entspringenden Zweydeutigkeiten eben so, wie die der letzten, aus dem Wege zu räumen.

So wenig also als der Römische Bürger sich dadurch rechtfertigen konnte, daß er die Pandecten falsch abgeschrieben hatte, eben so wenig verdient der practische Jurist gegenwärtig Entschuldigung, wenn er blindlings den Irrthümern der Editoren und Drucker folgt. Kein Gewohnheitsrecht, kein Reichsschluß hat diese Irrthümer zu Gesetzen erhaben. Wir haben ein freyes Urtheil, wie jene, und sind als Ausleger der Gesetze nicht allein berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Schritte der Editoren zu controlliren, uns gegen ihre Irrthümer zu verwahren, zu verbessern und zu vollenden, was sie verdorben haben und unvollendet

ließen. Also: wenn der Sinn eines Gesetzes durch veränderte Interpunctionen, durch Trennen oder Verbinden mehrerer Buchstaben, Wörter und Absätze verbessert werden kann: so ist das Resultat der Critik in allen diesen Fällen nicht bloß theoretisch, sondern im eigentlichen Verstande practisch.

2) Nach eben diesen Grundsätzen behaupte ich gleichfalls, daß, wenn die verba relativa in den Ausgaben wie verba decisiva gedruckt sind, kein Practiker an diese Irrthümer gebunden ist, sondern daß jeder, wenn es der Sinn erfordert, diese in jene umschaffen kann, und umgekehrt. In den Manuscripten, selbst im Florentinischen Manuscript, ist alles mit gleichen Buchstaben geschrieben, mithin ist es allein das Geschäft der Urtheilskraft, zu bestimmen, welche Worte für relativa oder decisiva gehalten, und als solche hätten gedruckt werden müssen.

3) Bekanntlich fehlen im Florentinischen Manuscript die Aspirationen, und einzelne Buchstaben werden darin durchgehends, wie in den übrigen Manuscripten, mit andern vertauscht. So

ferne alle diese Besonderheiten nicht Irrthümer der Abschreiber, sondern Eigenthümlichkeiten der damaligen Schreibart sind: in so ferne muß der Practiker durchaus Gebrauch von den Resultaten machen, welche die Critik hieraus zieht.

4) In allen Manuscripten finden sich die sogenannten Notae, Siglae, Abbreviaturen, Monogrammata, Contignationes literarum und Geminationes in Menge. In dem Florentinischen Manuscript sind wenigstens die letzten in großer Zahl. Weil uns diese Abkürzungen nicht mehr geläufig sind, so hat man sie in den gedruckten Ausgaben verworfen, und entweder die abgekürzten Worte vollständig gedruckt, oder wenigstens bemerklich gemacht, daß hier eine Abkürzung verborgen liege. Es ist hiedurch viel Gutes bewirkt, aber auch nicht wenig geschadet. Die Editoren haben viele Abkürzungen übersehen, und eben dadurch implicite in ihren Ausgaben viele Irrthümer vertheidigt. Das Publicum ist durch die ihm dargebotenen Vorarbeiten träg geworden, und hat ganz die Kunst verlernt, die Abkürzungen der Alten zu entziefern. Allein alle diese Umstände gereichen dem Practiker nicht zum

Vortheil. Wer hat es ihm zur Pflicht gemacht, hinter den Editoren stehen zu bleiben, hinter Menschen, welche größtentheils namenlos sind, und ihrem Geschäft selten gewachsen waren. Man muß nur immer, um sich von diesem allen recht lebendig zu überzeugen, daran denken, daß wir das Recht recipirt haben, wie uns die Manuscripte dasselbe darstellen. Wird eine Urkunde zum Gesetz gemacht, so müssen die Schriftzüge derselben nach den Grundsätzen erklärt werden, nach welchen man dieselben zur Zeit der Verfertigung des Documents würde ausgelegt haben. Wir hätten also die Diplomatik mehr studiren, uns das Verstehen der Abkürzungen geläufiger machen, nicht aber diese Wissenschaft ganz aussterben lassen sollen. — Die Römer verstanden gewiß ihre Siglas so gut, wie wir unser u. s. w., und mußten sie verstehen, weil die öffentlichen Anschläge damit beynah überladen waren. Laßt uns also desgleichen thun. Wer sich von dieser Pflicht befreyen will, mag es versuchen; aber, wenn er den Vorwurf der Trägheit und Willkühr vermeiden will, so beweise er zuförderst, daß die Editoren privilegirte Ausleger der Manuscripte waren. Ohne diesen Be-

weis ist kein rechtmäßiger Ausweg in das Land der Ruhe und Bequemlichkeit.

Das Resultat aus diesem allen ist also: jede Veränderung, welche mit Hülfe der Critik gegen die Lesarten der vorhandenen Manuscripte gemacht wird, ist bey der Anwendung des Rechts unbrauchbar. Wenn hingegen die Critik aus vorhandenen Varianten einen vollkommenen Text bildet, oder die Fehler der Ausgaben durch richtige Auslegung der Schriftzüge der Manuscripte verbessert: so ist der Practiker allerdings verbunden, diese Entdeckungen uneingeschränkt zu benutzen.

Hienach würde denn auch der gewöhnliche Satz, daß der Jurist mehr wie irgend ein anderer, und Vorzugsweise verbunden sey, von dem Hülfsmittel der Critik nur in der höchsten Noth Gebrauch zu machen, weder, wie bisher, als Grundsatz der juristischen Conjectural-Critik überhaupt, noch als eigenthümlicher Grundsatz eines Theils derselben bestehen können. In wie ferne sich die Critik damit beschäftigt, die Fehler der Manuscripte, welche sich aus diesen in die ge-

druck-

druckten Ausgaben fortpflanzten, zu verbessern, in so ferne ist sie ohne allen practischen Nutzen. Es ist mithin auch gar nicht abzusehen, warum der Jurist in engere Grenzen eingeschlossen seyn sollte als z. B. die Editoren der alten Classiker. Alle müssen von dem Grundsatz ausgehen: wir dürfen uns nur dann der Critik bedienen, wenn es sich mit Gewißheit oder der höchsten Wahrscheinlichkeit behaupten läßt, daß eine gegebene Stelle in ihrer jetzigen Form nicht von ihrem Verfasser herrühren kann. Einen weiteren Wirkungskreis hat kein Critiker (welcher nicht etwa in den Text hinein-emendiren will, was der Verfasser, als Muster der Vollkommenheit, hätte sagen sollen) so wenig als den Juristen ein noch beschränkterer Wirkungskreis angewiesen werden kann. — Ganz anders aber verhält es sich mit dem andern Theil der Conjectural-Critik, welcher sich auf die Verbesserung der eigenthümlichen Mängel der Abdrücke bezieht. Hier ist die Critik ohne Zwang und Banden, und kann eben die freye ungehinderte Wirksamkeit verlangen, welche man überhaupt der grammatischen Auslegungskunst einräumt. Denn es ist dabey niemals die Rede vom Verändern, sondern die Frage ist stets:

wie sollen wir die Schriftzüge der Manuscripte verstehen, wie aus zweydeutigen Schriftzügen den wahren Sinn herausfinden? Will man hier die Critik nicht gebrauchen, so hat man gar nichts, während dort etwas gewisses gegeben ist, was durch Vermuthungen und Schlüsse wieder weggeschaft werden soll. Man hat dieß auch schon in einzelnen Fällen z. B. bey der Lehre von den Interpunctionen recht gut gefühlt; nur hätte man, statt einzelne Ausnahmen zu machen, lieber den ganzen Grundsatz über den Haufen werfen, und denselben in einer beschränkten Form zum Grundsatz der vorhin genannten einzelnen Art der Conjectural-Critik herabsetzen sollen.

Nimmt man diese Ideen an, so leuchtet es von selbst ein, daß es wohl der Mühe werth wäre, die Critik in einer neuen Gestalt darzustellen, und mehr Ordnung, Haltung und Einheit in das Ganze zu bringen. Wenn man nämlich die Critik in ihrem ganzen Umfange systematisch vortragen wollte, so müßte dieselbe zuförderst in zwey Haupttheile abgesondert werden, 1) in die Lehre von der Bildung des Textes aus gegebenen Varianten, und 2) in die Lehre von der Verbesse-

rung

rung der Manuscripte und Ausgaben durch Conjecturen. In dem ersten würde dann das Verhältniß der Manuscripte zu einander, das Eigenthümliche und Vorzügliche eines jeden derselben, u. s. w. zu erörtern seyn. Der zweyte Theil zerfiele natürlich wieder in zwey andere Theile, nämlich in die Lehre von der Critik der Manuscripte, und in die Lehre von der Critik der Ausgaben, und in jedem würden denn die eigenthümlichen Grundsätze desselben auseinandergesetzt. Die Darstellung des Ganzen würde auf diese Weise weit lichtvoller und bündiger werden, die halbwahren Grundsätze würden verschwinden, und der Practiker wäre dadurch, daß ihm eine reine Ausbeute unvermischt dargeboten wird, auf der einen Seite zu dem Studio der Critik angelockt, so wie er auf der andern Seite gegen Verwirrung der Begriffe gesichert werden, und deutlich einsehen würde, in welche Grenzen der Critiker als ausübender Rechtsgelehrter eingeschränkt ist.

Ende des Ersten Bandes.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts

Bd.: 1

Jena (1798)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.92-n(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703193-6
VD18 15480178-001